Die actio utilis des Zessionars.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde

vorgelegt

der hohen rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der Albert-Ludwigs-Universität zu Freiburg im Breisgau

von

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

Walter Drechsler

aus Dresden.

Approbiert am 22. Dezember 1913.

Druck von Robert Noske, Borna-Leipzig

Großbetrieb für Dissertationsdruck

1914.

Referent: Prof. Dr. jur. Partsch.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung 1

Erstes Kapitel.

Die historische Entwicklung der actio utilis des Zessionars.

§ 1. Die actio utilis des Erbschaftskäufers 17
§ 2. Actiones utiles bis zur Zeit Diokletians 31
§ 3. Rechtszustand der actio utilis seit Diokletian 45

Zweites Kapitel.

Die Form der actio utilis des Zessionars.

§ 4. Allgemeines 54
§ 5. Darlegung der verschiedenen Ansichten über die formula der actio utilis 55
§ 6. Die formula der actio utilis des Zessionars 63

Drittes Kapitel.

Wesen der actio utilis und Anwendung derselben auf die Forderungsübertragung im justinianischen Recht.

§ 7. Verhältnis von actio utilis zur actio directa 70
§ 8. Die denuntiatio 78

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545322_0027

Literaturverzeichnis.

Arndts, Pandekten.

Attenhofer, Gegenstand der Zession. In der Zeitschrift für schweizerisches Recht Bd. 26—28, 1885—1887.

Avenarius, L., Der Erbschaftskauf im römischen Recht. Leipzig 1877.

Bähr, Zession. In Jherings Jahrbüchern Bd. 1 S. 351 ff.

Beauchet, Histoire du Droit Privé de la République Athenienne. 1897.

Bekker, Die Aktionen des römischen Privatrechts. 1873.

Beseler, G., Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen. Bd. 1 1910, Bd. 2 1911, Bd. 3 1913.

Bonfante, Istituzioni. 5. Aufl. 1912.

Bremer, F. G., Das Pfandrecht und die Pfandobjekte. Leipzig 1867.

Brinz, Pandekten. 1879—1892.

Busch, G., Die Übertragbarkeit von Forderungen im deutschen mittelalterlichen Recht. Breslau 1912.

Costa, Corso di Storia del Diritto Romano. 1903.

Demelius, Die Rechtsfiktion in ihrer geschichtlichen und dogmatischen Bedeutung. 1858.

Dernburg, System des römischen Rechts. 1912.

Duquesne, J., La translatio iudicii dans la procédure civile Romaine. Paris 1910.

Eisele, Frid., Cognitur und Procuratur. 1881.

Eisele, Frid., Die actio utilis des Zessionars. In der Festgabe für Planck, 1887.

Eisele, Frid., Die actio utilis des Zessionars. In der Zeitschrift der Savigny-Stiftung Bd. 27.

Eisele, Frid., Beiträge zur Erkenntnis der Digesteninterpolationen. In der Zeitschrift der Savigny-Stiftung Bd. 13.

Exner, Ad., Kritik des Pfandrechtsbegriffs. 1873.

Flegel, Begriff der Einrede. Diss. Jena 1902.

Frese, B., Aus dem Gräko-Ägyptischen Rechtsleben. Halle 1909.

Friedenthal, F., Einwendung und Einrede. 1898.

Fitting, Alter und Geschichte der römischen Rechtsquellen. 1908.

Gide, Etudes sur la novation et le transport des créances. Paris 1879.

Girard-Mayr, Geschichte und System des römischen Privatrechts.

Gürgens, Die Singularsukzession in die Schuld. In Jherings Jahrbüchern Bd. 8.

Hellwig, Verpfändung und Pfändung von Forderungen nach gemeinem Recht und nach der Reichszivilprozeßordnung. 1883.

Herzog, Die Zession. Greifswalder Diss. 1895.

Hitzig, Herm., Das griechische Pfandrecht. Ein Beitrag zur Geschichte des griechischen Rechts. München 1895.

Hoffmann, Der Zeitpunkt des Gläubigerwechsels. Göttinger Diss. 1895.

Hültenschmidt, W., Einfluß des Wechsels in der Person des Gläubigers auf die dem Schuldner zustehenden Einreden. Leipziger Diss. Borna-Leipzig 1904.

Huschke, Zur Pandektenkritik. 1875.

Karlowa, Römische Rechtsgeschichte.

Karsten, Beiträge zur römisch-rechtlichen Lehre von der Zession zur Ergänzung der Frage von der fingierten Zession. In Jherings Jahrbüchern Bd. 17 S. 222 ff.

Kipp, Geschichte der Quellen des römischen Rechts. Leipzig 1909.

Kniep, Ferd., Gai Institutionum Commentarius Secundus. Jena 1912.

Koschaker, P., Translatio iudicii. Eine Studie zum römischen Zivilprozeß. Graz 1905.

v. Koschembahr-Lyskowski, Theorie der Exzeptionen. 1897.

Krüger, Geschichte der römischen Rechtsquellen. Im Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft Bd. 1, 2.

Kübler, Utilitätsprinzip. In der Festgabe der Berliner Juristischen Fakultät für Gierke, 1910.

Kübler, Griechische Tatbestände in den Werken der kasuistischen Literatur. In der Zeitschrift der Savigny-Stiftung Bd. 28 u. 29.

Kuntze, G. E., Die Obligation und die Singularsukzession des römischen und des heutigen Rechts. Leipzig 1856.

Leist, Altarisches ius gentium. 1889.

Leist, Altarisches ius civile. 1892—1896.

Michelsen, Der Forderungsübergang kraft Gesetzes. Rostocker Diss. 1901.

Mitteis, Stellvertretung. 1885.

Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht. 1891.

Mitteis, Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians. 1908.

Mitteis u. Wilcken, Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde. 1911.

Mühlenbruch, Lehre von der Zession der Forderung. 3. Aufl. 1836.

Nolte, Das Klagrecht des Zedenten. Greifswalder Diss. 1894.

Pernice, Labeo. 1873, 1878, 1892.

Perozzi, S., Istituzioni di Diritto Romano. Firenze 1908.

Puchta, Zession. In Weiskes Rechtslexikon Bd. 2 S. 636.

Puchta, Kleinere zivilistische Abhandlungen.

Regelsberger, Zwei Beiträge zur Lehre von der Zession. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 63 S. 157 ff.

Reimers, Über die fingierte Zession. Göttinger Diss. 1901.
Rümelin, Zur Geschichte der Stellvertretung im römischen Zivilprozeß. 1886.
v. Salpius, Novation und Delegation. 1864.
Savigny, System des heutigen römischen Rechts. 1840—1849.
Scheibe, Das Klagrecht des Zedenten. Greifswalder Diss. 1894.
Scheurl, Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts.
Schliemann, Haftung des Zedenten. 1848.
Schloßmann, Sieg., Die Lehre von der Stellvertretung bei obligatorischen Verträgen. 1900—1902.
Schmid, Alb., Die Grundlehren der Zession. 1. Teil 1863, 2. Teil 1866.
Schulz, Fr., Klagenzession im Interesse des Zessionars usw. In der Zeitschrift der Savigny-Stiftung Bd. 32.
Schröter, Das Klagrecht des Forderungspfandgläubigers gegen den Drittschuldner. Greifswalder Diss. 1894.
Sintenis, Lehrbuch des praktischen gemeinen Zivilrechts. 1861.
Stammler, Exceptio ex iure tertii. In Hallenser Festgabe für Dernburg, 1900.
Sohm, Die Lehre vom subpignus. 1864.
Stampe, Die Lehre von der Abtretung der Vindikation. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 80.
Unger, Zession und Aktivdelegation. In Jherings Jahrbüchern Bd. 26.
Vangerow, Lehrbuch der Pandekten.
Wenger, Die Zession im Rechte der gräco-ägyptischen Papyrusurkunden. In Studi giuridici in onore di Carlo Fadda Bd. 4, 1906.
Wenger, Zur Lehre der actio iudicati.
Wenger, Stellvertretung im Rechte der Papyri. Leipzig 1906.
Windscheid, Die actio des römischen Rechts. 1856.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 1906.
Wirbel, Charles, Le Cognitor. Thèse de Nancy 1911.
Wlassak, Zur Geschichte der Cognitur. 1893.
Wlassak, Kritische Studien zur Theorie der Rechtsquellen im Zeitalter der klassischen Juristen. 1884.
Wlassak, Die Litiskontestation im Formularprozeß. In der Breslauer Festschrift für Windscheid, 1888.

Einleitung.

Der Begriff der Forderungsübertragung als eines abstrakten Rechtsgeschäfts ist dem römischen Recht fremd gewesen. Es hat keinen Satz gegeben, der allgemein das Prinzip der Forderungsübertragung anerkannte oder bestimmte, daß durch Vertrag, der auf ein solches Rechtsgeschäft gerichtet war, der Zessionar schlechthin einen selbständigen Anspruch (actio utilis) gegen den Schuldner erhalten solle. Der Rechtszustand zur Zeit der Kompilatoren ruft allerdings den Anschein hervor, als ob die Zession als solche anerkannt sei; denn mit der C. 8, 53 (54) 33 verschwand der letzte Rest des ursprünglichen Zustandes, der darin bestand, Forderungen durch Novation oder Delegation Dritten zugänglich zu machen. Daß dies nicht der Fall ist, lehrt uns der justinianische Rechtszustand der selbständigen Klage des Zessionars (actio utilis); denn wenngleich der Zessionar aus allen Rechtsgeschäften, zu deren Erfüllung ein Forderungsübergang erforderlich ist, eine eigene Klage erhält, so hat dieses seine Ursache in der Gewährung derselben auf Grund des kausalen Rechtsgeschäfts, nicht aber in Rücksicht auf ein allgemein anerkanntes Prinzip der Zession. Der Forderungserwerber hat seinen Anspruch nur auf Grund des kausalen Rechtsgeschäfts; er erscheint als Erbschaftskäufer, als Käufer einer Forderung, als Schenknehmer einer solchen, nicht aber als Zessionar schlechthin.

Die Entwicklung, welche das römische Recht hierbei genommen hat, ist die, daß die actio utilis für die einzelnen in Frage kommenden Rechtsgeschäfte geschaffen wurde. Den Ausgang nahm die Entwicklung von einem Reskript des Kaisers Antoninus Pius, das dem Käufer einer Erbschaft eine actio utilis zur Geltendmachung der Erbschaftsforderungen gewährte (D. 2, 14, 16 pr.). Sie endete mit der bereits genannten Constitutio Justinians C. 8, 53 (54) 33 aus dem Jahre 528.

Diese langsame Entwicklung erklärt sich aus der römischen Auffassung über die Unübertragbarkeit der Obligation.[1]) Das römische Recht kannte keine Sondernachfolge in die Obligation. Eine Begründung dieses Satzes ist mehrfach gegeben worden. So versucht Kuntze[2]) eine Erklärung darin zu finden, daß durch den Forderungsübergang das Objekt derselben untergehen würde; als Objekt derselben bezeichnet er die Handlung, welche auf Grund der Obligation gefordert werden kann. Eine Widerlegung dieser Theorie bringt Windscheid.[3]) Wie dieser, so teilt auch Karlowa[4]) die Auffassung, daß man das Forderungsrecht nicht als ein Recht an einer Handlung des Schuldners betrachten darf. „Das Recht des Gläubigers ist überhaupt kein Objekt, es ist ein Recht gegen eine Person, welches in einem jenem gegenüber stattfindenden Sollen derselben in bezug auf ein Handeln, Unterlassen, Dulden besteht, für welches Handeln usw. ein bestimmtes, dem Interesse des Berechtigten dienliches Ziel gesetzt ist.“ Windscheid geht andererseits zu weit, wenn er die Unübertragbarkeit der Obligation dadurch begründet findet, daß es dem römischen Recht an einer Übertragungsform gefehlt habe. Dieses ist jedoch keineswegs der Fall. Wie aus Gai II, 34 hervorgeht, wäre die in iure cessio wohl geeignet gewesen, zur Forderungsübertragung zu dienen, da man die noch nicht angetretene Erbschaft mit Schulden und Forderungen durch dieses Rechtsgeschäft übertrug.[5]) Bei Erwähnung der mancipatio und in iure cessio als Übertragungsakte von res corporales hat Gaius sicherlich an die Möglichkeit gedacht, daß durch die in iure cessio Forderungen übertragen werden könnten.[6]) Jedoch schließt er aus gewissen positiven Gründen eine solche Anwendung derselben aus, indem er ausdrücklich hervorhebt: „obli-

---

[1]) D. 7, 1, 25, 2: „non solet stipulatio semel cui quaesita ad alium transire, nisi ad heredem vel adrogatorem“. Vgl. Dernburg, System des röm. R. Bd. 2 S. 648; Puchta, Kl. zivil. Abh. S. 456.

[2]) Die Obligation und die Singularsukzession §§ 15—20.

[3]) Actio S. 155.

[4]) Rechtsgeschichte Bd. 2 S. 808.

[5]) vgl. Kniep, Gai Institutionum Commentarius secundus p. 166.

[6]) Mitteis, Röm. PrivR. S. 113.

gationes quoquo modo contractae nihil eorum recipiunt". Auch heute sind zahlreiche Fälle von Zessionen wirtschaftlich bloße Prozeßvollmachten (Inkassomandate), und Gaius mochte wohl glauben, daß die Prozeßvollmacht und die anderen von ihm genannten Übertragungsakte ausreichend seien. Nicht anzunehmen ist der Gedanke, daß hier für die Römer eine logische Schwierigkeit vorgelegen habe. Noch weniger darf man annehmen, daß die Römer, weil sie keine Übertragung der Forderung zuließen, überhaupt keine Vorstellung von der Zession gehabt hätten.

Einen anderen Grund für die Unübertragbarkeit der Forderung, der auch heute noch vielfach für richtig gehalten wird, bringt Scheurl.[1]) Er erklärt die Unübertragbarkeit aus dem Inhalt der Forderung. Die Obligation sei ein persönliches Band zwischen Gläubiger und Schuldner. Da der Schuldner nicht schlechthin X zu leisten habe, sondern X dem Titius, bedeute ein Gläubigerwechsel für ihn eine Veränderung des Inhalts der Forderung, die er sich nicht ohne seinen Willen gefallen zu lassen braucht. Dieser Ansicht hat sich später Windscheid[2]) angeschlossen.

Auch diese Erklärung ist nicht zutreffend. Dem Schuldner, der X zu leisten hat, wird es gleichgültig sein, ob er diese X dem A oder dem B schuldet; denn die Leistung, das gläuberische Bekommensollen, ist dasselbe, mag der Schuldner nun an den A oder an den B zahlen. Um eine genügende Begründung des römischen Standpunktes zu erhalten, muß diese aus den geschichtlichen Tatsachen erfolgen. Das römische Zivilrecht kennt die Zession nicht, daher ist sie auch der prätorischen Praxis grundsätzlich fremd. Wir sahen, daß ein Gläubigerwechsel auf die geschuldete Leistung, welche den Inhalt des Forderungsrechtes bildet, ohne Einfluß ist, sofern es sich nicht um Leistungen handelt, die nur an bestimmte Personen bewirkt werden können. Da diese Leistung durch die Obligation bestimmt wird, bleibt sie auch bei einem Gläubigerwechsel die gleiche. Ihrem Effekt

---

[1]) Beitr. zur Bearbeitung des röm. R. S. 15; die gleiche Ansicht vertritt Girard, Manuel Élementaire p. 724.

[2]) Pand. Bd. 2 § 329.

nach hat die obligatio nicht nur ein Sollen, sondern auch ein Müssen des Schuldners zur Folge.[1]) Dieses Müssen kommt zum Ausdruck in der Haftung des Schuldners, d. h. in der Tatsache, daß eine Person oder Sache dem Gläubiger für etwas zu dienen bestimmt ist.[2]) Dem alten Recht war es durchaus eigen, daß der Gläubiger sich für das, was ihm geschuldet wurde, nötigenfalls aus der Person des Schuldners Satisfaktion verschaffte.

Für die schuldnerische Haftung ist die Person des Gläubigers von großer Wichtigkeit. Die passive Seite des Haftungsverhältnisses ist das schuldnerische Einstehen für die Schuld; die aktive Seite dagegen besteht in dem Zugriffsrecht des Gläubigers bei Nichterfüllung der Schuld. Hier ist es dem Schuldner selbstverständlich nicht gleichgültig, ob sein Gläubiger hart oder nachsichtig, duldsam oder rücksichtslos ist.[3]) Denn eine Veränderung in der Person des Gläubigers verändert die Haftung des Schuldners. Nach altzivilem Recht war der, welcher seine Schuld nicht bezahlte, dem Gläubiger mit seinem Leib verfallen. Die Rechtsverfolgung des Gläubigers machte den Schuldner zum iudicatus, gegen den nunmehr die manus iniectio zulässig war. Der Schuldner haftet von da ab dem Gläubiger mit seinem Leibe. Das gleiche galt für den Schuldner, der sofort seine Schuld anerkannte: aeris confessus pro iudicato habetur. Der so Ergriffene konnte entweder zum capite poenas dare oder zum Verkauf trans Tiberim gebracht werden. Gellius, Noctes Atticae XX, 1: confessis aeris ac debiti iudicatis XXX dies sunt dati conquirendae pecuniae causa . . . post deinde, nisi dissolverent, ad praetorem vocabantur et ab eo quibus erant iudicati addicebantur, nervo quoque et compedibus vinciebantur, erat ius interea paciscendi ac, nisi pacti forent, habebantur in vinculis. . . . tertiis autem nundinis capite poenas dabant aut trans Tiberim peregri

---

[1]) cf. „necessitate adstringi“ J. 3, 15 pr.

[2]) Brinz, Pand. Bd. 2 S. 2.

[3]) Dies war auch der Grund für das Verbot der Zession an einen potentior. Vgl. für das deutsche Recht: Hübner, Grundzüge des deutschen PrivR. 1908 S. 511 ff.; Buch, Georg, Die Übertragbarkeit von Forderungen im deutschen mittelalterlichen Recht S. 7.

venum ibant".[1]) Dieser dem ältesten Recht angehörende Satz, daß der nicht zahlende Schuldner dem Gläubiger mit seiner Person verhaftet ist,[2]) erhielt sich bis in die republikanische Zeit und noch in die ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit.[3]) Die strenge schuldnerische Haftung hatte zur Folge, daß die Obligation vom Gläubiger nicht auf einen Dritten übertragen werden konnte, und dieser Satz hat sich auch weiterhin im Zivilrecht erhalten, nachdem das römische Schuldrecht und die Exekution längst ihre frühere Härte verloren hatten.[4]) Ein Gläubigerwechsel konnte nur mit dem Willen des Schuldners vorgenommen werden; es war ein Vertrag mit ihm erforderlich, der das alte Schuldverhältnis aufhob und ein neues begründete (novatio).

Der bisherige Gläubiger wies den, der die Forderung erwerben wollte, an, sich vom Schuldner die geschuldete Leistung promittieren zu lassen. Die ursprüngliche Obligation zwischen Gläubiger und Schuldner kam zum Erlöschen, und es wurde eine neue geschlossen, die fortan zwischen dem Schuldner und dem Stipulator bestand (Gai II, 38; D. 46, 2, 34, 2).

Eine Sondernachfolge in die Forderung findet hierbei nicht statt, vielmehr erwirbt der neue Gläubiger originär eine Forderung gegen den Schuldner, die denselben Inhalt wie die bisherige hat: quod Titio debes, id tu mihi dare spondes? sp.; während die ursprüngliche Forderung mit ihren Akzessionen (wie bestellte Pfänder, Bürgen, Zinsen) konsumiert wird.[5]) Die Novation war als Vertrag vom Willen des Schuldners abhängig; an seiner Weigerung scheiterte die Möglichkeit, den Gläubiger-

---

[1]) vgl. Gai IV, 21; Livius II, 23, 5. 6; Varro, De lingua Latina VII, 105; Bruns, Fontes iuris Rom. II p. 60.

[2]) Dieser Rechtszustand findet sich nicht nur bei den Römern, sondern auch bei den Griechen; das sogen. Leihen auf den Leib: „ἐπὶ σώματι δανείζεσθαι"; vgl. Diodor I, 79: „τοὺς δὲ τούτοις χρησαμένους συνεχώρησαν ἀγωγίμους εἶναι".

[3]) Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht S. 441.

[4]) Ähnliches scheint Perozzi, Istituzioni di Dir. Rom. II p. 145 zu meinen: Per noi dipende da ciò che l'azione significava originariamente guerra, e le guerre siano d'offesa o di difesa non si cedono". Vgl. Livius 8, 28: „non corpus obnoxium esset".

[5]) Gai III, 176; D. 13, 1, 18.

wechsel zu vollziehen. Der Untergang der Pfänder und Bürgen[1]) durfte als Nachteil schwerlich ins Gewicht fallen; denn wenn man überhaupt die Neubegründung der Forderung mit dem Schuldner in Kauf nahm, so konnte man die Akzessionen ebenfalls neu vereinbaren. Anders stand es dagegen mit rückständigen Zinsen; waren diese nicht mit in die Novation einbegriffen worden, so gingen sie mit der alten Forderung unter, konnten also nicht mehr eingeklagt werden. Dadurch verlor die Forderung natürlich an Wert.[2])

Die zweite Art von Sukzessionsform ist die litiscontestatio, Gai II, 39: „sine hac vero novatione non poteris tuo nomine agere, sed debes ex persona mea quasi cognitor aut procurator meus experiri". Indem der neue Gläubiger als cognitor oder procurator klagte, kam der Forderungserwerb mit der litiscontestatio zustande: D. 46, 2, 11, 1 Ulpian „fit autem delegatio vel per stipulationem vel per litiscontestationem".[3])[4]) Da diese Art der Forderungsübertragung auf dem Prinzip der Stellvertretung beruht, konnte sie erst durch den Formularprozeß zur Anwendung kommen; denn der Legisaktionenprozeß ließ eine Stellvertretung nicht zu,[5]) Gai IV, 82: „olim quo tempore legisactiones in usu fuissent alieno nomine agere non liceret". Der Grund des Ausschlusses von Stellvertretung ist in dem formalen Charakter des in iure-Verfahrens zu suchen, wobei von den Parteien selbst eine Reihe solenner Worte vorgebracht werden mußten.[6])

---

[1]) Gai III, 176: „nam interventu novae personae nova nascitur obligatio et prima tollitur translata in posteriorem . . ." D. 13, 1, 18 Paulus: „novatione legitime facta liberantur hypothecae et pignus usurae non currunt".

[2]) Über die Einreden gegen die neue Forderung vgl. v. Salpius, Novation u. Delegation § 45; Girard-Mayr, Geschichte u. System S. 796.

[3]) Lenel, Pal. Bd. 2 S. 579 Nr. 797.

[4]) Jhering, Geist des röm. R. Bd. 3 S. 251.

[5]) Wirbel, Le Cognitor S. 3.

[6]) Wlassak, Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren, in ZRG. Bd. 25 S. 81ff.; Eisele, Cognitur und Procuratur S. 4; Wirbel a. a. O. S. 5; Girard, Manuel Élementaire S. 965ff. u. 978.

Die im Formularprozeß zugelassenen Vertreter (cognitor und procurator) konnten bereits in dem in iure-Verfahren auftreten und die Litiscontestation an Stelle des dominus abschließen.[1])[2])

Der klassische cognitor ist für den einzelnen Prozeß bestellt. Seine Bestellung erfolgt „certis verbis in litem coram adversario". Diese ist ein einseitiger Akt des dominus; es liegt bei der Bestellung des cognitor in der prozessualen Bestellungsformel kein Mandat zwischen ihm und dem cognitor vor, sondern es handelt sich hierbei um zwei einseitige Akte: die Bestellung durch den dominus und die Genehmigung dieses Rechtsgeschäfts (das ratum habere D. 3, 3, 2 pr.) durch den cognitor. Seine Anwesenheit dient dazu, ihn dem Prozeßgegner bekannt zu machen. Nach der Ansicht Pernices[3]) sei eine wechselseitige Einigung ein Mandat, zwischen dominus und cognitor anzunehmen. Demgegenüber bestehen jedoch Bedenken, die gegen die Annahme eines Mandats sprechen. Die cognitoris datio ist ein einseitiges Rechtsgeschäft, das den cognitor befähigt, in die Rechtssphäre seines dominus einzugreifen und für ihn den Prozeß — sei es als Kläger oder als Beklagter — zu führen. Wie Eisele[4]) hervorhebt, liegt auch durchaus kein Bedürfnis vor,

---

[1]) Gai II, 82; D. 50, 17, 123 Ulpian; Lenel, Pal. Bd. 2 S. 494 Nr. 488.

[2]) Eine viel freiere Stellung in bezug auf die Stellvertretung zeigte das gräco-ägyptische Privatrecht. Aus zahlreichen Papyri geht, wie Wenger, Die Stellvertretung im Rechte der Papyri, nachgewiesen hat, hervor, daß direkte Stellvertretung in Ägypten durchaus üblich war; vgl. P. Oxy III, 505; III, 501 (Wenger a. a. O. S. 251); BGU. III, 805, II, 667; P. Fay 91 etc.; vgl. ferner Scaevola in D. 17, 1, 60, 4; Mtteis, Röm. PrivR. S. 230. Man kann daher als sicher annehmen, daß das peregrinische Recht der Gräco-Ägypter die Zulässigkeit der direkten Stellvertretung durchaus anerkannte. Es sind jedoch auch Fälle von Stellvertretung und Vollmachten überliefert, in denen die Kontrahenten Römer sind (z. B. BGU. 191; P. Oxy IV, 727. Da die Römer starr an dem Prinzip der Unzulässigkeit direkter Stellvertretung festgehalten haben, ist es eine interessante Frage, wie solche Fälle von Stellvertretung im Prozeß behandelt wurden. Vielleicht wurde gegen den Vertretenen die actio quasi institoria gegeben oder der Vertreter wurde als nuntius aufgefaßt; vgl. Mitteis-Wilcken, Grundzüge u. Chrestomathie Bd. 2, 1 S. 262.

[3]) Labeo Bd. 1 S. 492ff.

[4]) Cognitur und Procuratur S. 47.

ein Rechtsverhältnis zwischen dem dominus und dem cognitor zu begründen. Alle Wirkungen seiner Prozeßführung treffen den dominus; der cognitor erwirbt weder die Rechte noch Pflichten, die er auf den dominus übertragen bezw. dieser ihm abnehmen müßte. Vielmehr bleibt der dominus Subjekt des eingeklagten Anspruchs, ihm wird die actio iudicati gegeben.[1]) Durch die Klage des cognitor wird die Klage des dominus konsumiert;[2]) für den Beklagten besteht infolgedessen nicht die Gefahr, daß der dominus nochmals gegen ihn klagt. Die cautio rati ist daher nicht erforderlich (Gai IV, 96). Solange der cognitor mit seinem Gegner nicht die litiscontestatio abgeschlossen hatte, konnte der dominus die Bestellung widerrufen, D. 3, 3, 16 „Paulus: ante litem contestatam libera potestas est vel mutandi cognitorem (D. procuratorem) vel ipsi domino iudicium accipiendi". Aber auch nach vollzogener litiscontestatio war es möglich, den cognitor aus dem Prozeß zu entfernen. Durch Antrag beim Prätor (postulare) konnte aus bestimmten Gründen nach vorhergegangener causae cognitio der Prozeß auf den dominus bezw. einen anderen cognitor transferiert werden: fr. Vat. 341 „. . . ei qui cognitorem dedit causa cognita permittam iudicium transferre".[3]) Die Prozeßtranslation war beim cognitor stets zulässig: D. 3, 3, 17 pr. „Ulpian. post litem autem contestatam reus qui cognitorem (D. procuratorem) dedit, mutare quidem eum vel in se litem transferre a vivo cognitore (D. procuratore) vel in civitate manente potest, causa tamen prius cognita".[4]) Jedoch gibt es einige Fälle, in denen dem cognitor ein Widerspruchsrecht gegen die Prozeßtranslation zusteht; nämlich, wenn in dem Translationsbegehren der unbegründete Vorwurf fraudulöser Prozeßführung liegt, ferner, wenn der cognitor ein Retentionsrecht wegen der Prozeßkautionen hat

---

[1]) vgl. Wirbel, Le Cognitor S. 54.

[2]) Gai IV, 98; D. 46, 8, 22, 8; Lenel, Pal. Bd. 1 S. 734 Nr. 1.

[3]) Mommsen-Krüger, Collectio librorum iuris anteiustiniani Bd. 3 S. 105, 106.

[4]) Über die Interpolation von procurator für cognitor in lex cit; vgl Koschaker, Translatio iudicii S. 43.

(D. 3, 3, 25) und schließlich wenn der cognitor in rem suam bestellt ist (D. 3, 3, 25: „non debet carere propria lite").[1])

Im Gegensatz zum cognitor, der für den einzelnen Prozeß bestellt ist, bezeichnete das römische Recht als procuratores gewisse Vertrauenspersonen eines Herrn, die in seinen Geschäften tätig wurden.[2]) Im Einzelfall konnte daher der procurator sehr wohl ohne Vollmacht sein und demnach als negotiorum gestor auftreten,[3]) z. B. der amicus qui absentis negotia gerit.[4]) Es folgt dies daraus, daß der älteste procurator der procurator omnium bonorum gewesen ist. Der Grund seiner Bestellung war die Vertretung für den in iure absens dominus.[5]) Da der procurator Geschäftsführer eines anderen ist, muß hier notwendigerweise ein Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem dominus vorliegen; beim beauftragten procurator lag ein Mandat, beim nicht beauftragten negotiorum gestio vor. Nach Gai IV, 84 handelt es sich dabei regelmäßig um ein Mandat. Dieses Rechtsverhältnis umfaßt die ganze Geschäftsführung, nicht etwa nur die Prozeßführung. Während die cognitoris datio eine an den Gegner gerichtete Vollmachtserteilung ist, die den cognitor zugleich legitimiert, finden wir beim procurator nichts Ähnliches. Es ist unzutreffend, das Hauptgewicht für die Prozeßführung des procurator auf das mandatum agendi zu legen, wie es in der gemeinrechtlichen Literatur vielfach geschehen ist, und dieses als Legitimation des procurator vor dem Prätor und dem Prozeßgegner anzusehen. Die Römer unterscheiden durchaus zwischen dem procurator und dem bloßen Mandatar; ursprünglich war die Prokuratur und das Mandat völlig verschieden; vgl. Cicero, Top. 10, 42: „si tutor fidem praestare debet, si socius, si cui mandaris . . . debet etiam procurator". Es ist nicht nötig, daß

---

[1]) Koschaker, Translatio iudicii S. 94; Duquesne, Translatio iudicii p. 190.

[2]) Dernburg, System Bd. 1 S. 210 Anm. 2.

[3]) Wlassak, Negotiorum gestio S. 39ff.; Partsch, Studien zur Negotiorum gestio S. 13.

[4]) „negotium" ist hier der technische Ausdruck für das jurisdiktionelle Verfahren; Partsch a. a. O. S. 13.

[5]) vgl. Cicero, pro Caec. 20, 57; Partsch a. a. O. S. 13.

der procurator bestimmte Aufträge hatte. Erst in klassischer Zeit legte man der Bestellung zum procurator ein (internes) Rechtsverhältnis zugrunde, wie die oben zitierte Gaius-Stelle zeigt. In zahlreichen Fällen handelt der procurator als negotiorum gestor, z. B. D. 15, 3, 17 pr.[1]) Wie Eisele[2]) dargelegt hat, bedurfte der procurator überhaupt keiner Legitimation. Ein Nachteil für den dominus konnte nicht entstehen, weil die Prozeßführung des procurator dessen actio nicht konsumierte. Der Beklagte war durch eine vom procurator zu stellende cautio rati für den Fall gedeckt, daß der dominus die Prozeßführung nicht genehmigen würde. Die Kaution ersetzte daher die Legitimation. Erst in nachgaianischer Zeit unterschied man zwischen dem beauftragten und dem auftragslosen procurator;[3]) es kam der Brauch auf, die Ernennung des procurator durch Erklärung zu Protokoll vor Gericht vorzunehmen oder durch Übergabe der Vollmacht zu den Akten.[4]) In diesem Falle wurde durch die litiscontestatio des procurator das Klagrecht des dominus beseitigt, als ob ein cognitor für ihn geklagt hätte.[5]) Das gleiche galt für den procurator, dessen dominus dem Prozeß beiwohnte.[6])

> D. 3, 3, 27 pr. Ulpian: . . . sed haec ita si mandato domini procurator egit, ceterum si mandatum non est, cum neque in iudicium quicquam deduxerit.

Die lex cit. zerfällt in zwei Teile, von denen der erste sich auf den cognitor bezieht, während der zweite, von „sed et haec ita“ an, für den procurator gilt. Im ersten Teile ist procurator für cognitor interpoliert. Ebenso wie die Klage des cognitor das Klagrecht des dominus konsumiert, ist dies beim procurator der Fall, si cum mandato domini egit. Lenel[7]) ersetzt die allerdings wenig geeignete Anknüpfung ‚sed haec ita‘ durch

---

[1]) Mitteis, Röm. PrivR. S. 233; Partsch a. a. O. S. 14 Anm. 1.

[2]) Cognitur und Procuratur S. 63.

[3]) Eisele, Cognitur und Procuratur S. 177; Koschaker, Translatio iudicii S. 71.

[4]) Dernburg, System Bd. 1 S. 242.

[5]) Procurator apud acta factus.

[6]) Girard, Manuel Elementaire S. 1014.

[7]) Pal. Bd. 2 S. 450 Nr. 6.

‚haec autem omnia in procuratore observabuntur, si cum mandato domini egit'. Indem die Kompilatoren für cognitor procurator setzten, schrieben sie zugleich für die ursprüngliche Anknüpfung das ‚sed et haec ita', um beide Teile der lex cit. in Zusammenhang zu bringen.[1]) Solange der procurator das Klagrecht des dominus nicht konsumierte, war die Prozeßtranslation eine andere als beim cognitor; mißbilligte der dominus die Prozeßführung seines procurator, dann konnte er seinerseits gegen den Gegner von neuem klagen; er mußte jedoch vorher im Einverständnis mit dem procurator Aufhebung des ersten Prozesses verlangen. Das Wesen dieses Vorgangs läßt sich daher mit einer restitutio in integrum vergleichen.[2]) Dadurch wurde die translatio iudicii umständlich und war ohne die Zustimmung des procurator nicht möglich. Erst als die Klage des beauftragten procurator mit Konsumtionskraft ausgestattet wurde, trat das Bedürfnis nach einer bequemen Prozeßtranslation auf. Zu diesem Zweck hat man das kognitorische Translationsedikt auf den procurator übertragen.[3])

Nach diesem kurzen Überblick über die Kognitur und Prokuratur wollen wir zu unserem Ausgangspunkte zurückkehren, nämlich zu der von Gaius genannten Möglichkeit, Forderungen durch Bestellung zum cognitor oder procurator zu übertragen[4]): „sine hac vero novatione non poteris tuo nomine agere, sed debes ex persona mea quasi cognitor aut procurator meus experiri". Die Übertragung vollzog sich, indem der Gläubiger denjenigen, dem er die Forderung zuwenden wollte, ermächtigte, als sein cognitor oder procurator die in Betracht kommende Forderung gegen den Schuldner einzuklagen und den eingeklagten Betrag für sich zu behalten.[5]) Aus diesem

[1]) Koschaker a. a. O. S. 47.

[2]) Koschaker a. a. O. S. 69.

[3]) Die Zeit, in der dieses geschehen ist, ist bestritten; eine allgemeine Ausdehnung der kognitorischen Translation auf den procurator findet sich in der Zeit zwischen Ulpian und Diokletian; Lenel, Édit S. 100 Nr. 1; Girard, Manuel Élementaire S. 1014.

[4]) Kniep, Gai Institutionum Commentarius Secundus S. 167.

[5]) Die Bestellung zum cognitor und procurator nur auf klagbare Forderungen zu beschränken, wie es Mühlenbruch, Zession S. 252, tut,

Grunde bezeichnet man diese Art von cognitor und procurator als cognitor bezw. procurator in rem suam. Auf solchem Wege wurde es ermöglicht, eine Forderung ohne Zustimmung des Schuldners einem Dritten zugänglich zu machen. Der cognitor und procurator in rem suam klagten alieno nomine, d. h. sie schlossen alieno nomine die litiscontestatio ab; denn wie Wlassak[1]) gezeigt hat, bedeutet „agere ebenso wie petere im technischen (engeren) Sinne die Litiskontestationsverhandlung des Klägers, die dem lege agere des alten Prozesses entspricht". Die Formel wurde durch Subjektsumstellung anwendbar gemacht: „intentionem quidem ex persona domini sumit, condemnationem autem in suam personam convertit" (Gai IV, 86).

Erst mit Vollziehung der litiscontestatio kam der Forderungserwerb zustande; der ursprüngliche Gläubiger schied von da ab aus dem Verhältnis aus. Die Forderung — jetzt in Gestalt der Prozeßobligation[2]) — bestand nur zwischen dem Kläger und dem Schuldner, während im Verfahren mit iudicium legitimum das Forderungsrecht des ursprünglichen Gläubigers aufgehört hatte zu existieren.[3]) Die litiscontestatio bringt eine ähnliche Wirkung wie die novatio zustande, so daß die gemeinrechtliche Lehre beide identifiziert hat.[4]) Im Gegensatz zur Novation, die

---

ist unrichtig, da man sie zwar nicht als Kläger, so doch als Beklagter excipiendo geltend machen kann.

[1]) Die Litiscontestatio im Formularprozeß S. 40.

[2]) vgl. Gai III, 180.

[3]) Der procurator erwarb für sich die actio iudicati, da er das Klagrecht des dominus nicht konsumierte. Klagt jedoch der cognitor, so ist der dominus auf Grund des zugunsten des cognitor gefällten Urteils zur actio iudicati legitimiert. Anders dagegen, wenn der cognitor in rem suam bestellt war, dann verblieb ihm die actio iudicati. Es war jedoch Sache des Gegners oder des cognitor nachzuweisen, daß der dominus nicht zur actio iudicati legitimiert sei. Wirbel, Le Cognitor S. 83: „ C'est donc que de son temps (sc. seit Julian) il est pleinement reconnu que l'action iudicati est toujours après examen de l'affaire accordée au maître quand le cognitor n'est pas rem in suam datus"; vgl. ferner a. a. O. S. 90. Aus den Quellen: D. 3, 3, 25 „non debet carere propria lite".

[4]) Gegen diese Ansicht, daß die litiscontestatio die obligation noviere: Windscheid, Actio S. 59; Pernice, Parerga, in ZRG. Bd. 19 S. 48ff.

den Untergang der Akzessionen zur Folge hat,[1]) verliert die durch die litiscontestatio erworbene Forderung nicht die mit ihr verbundenen Nebenrechte: D. 46, 2, 29 Paulus: neque enim deteriorem causam nostram facimus actionem exercentes, sed meliorem . . .[2]) Eine für die Forderung bestehende Bürgschaft ging zwar dadurch, daß der cognitor oder procurator in rem suam klagte, unter. Dies beruht aber auf dem Zustand des klassischen Rechts, wonach der nicht befriedigte Gläubiger die Wahl hat, ob er den Schuldner oder den Bürgen verklagen will, aber mit Abschluß der litiscontestatio mit einem von beiden seinen Anspruch gegen den anderen verliert. Seine Klage war konsumiert, auch wenn er vom Beklagten nichts erlangen konnte.

Die litiscontestatio ist somit das einzige Mittel, womit sich der klagende cognitor oder procurator in rem suam die Forderung aneignet. Auch die litiscontestatio verlangt wie die novatio die Zustimmung des Beklagten; allerdings konnte die widerspenstige Partei vom Prätor nicht gezwungen, jedoch wirksam zur Vornahme der litiscontestatio getrieben werden[3]): D. 45, 1, 83, 1 Paulus: iudicium autem etiam in invitum redditur.[4])

Bei dieser Art von Forderungsübertragung war die Lage des Erwerbers bis zur litiscontestatio mit dem Schuldner sehr prekär.[5]) Sein Recht ist jederzeit frei widerruflich und erlischt mit dem Tode des dominus. Die gemeinrechtliche Lehre, welche beim procurator in rem suam stets von dem mandatum agendi ausgeht, begründet den Widerruf und die Unvererblichkeit der Prozeßvollmacht aus dem zwischen dominus und procurator in rem suam bestehenden Mandatsverhältnis. Wie beim gewöhnlichen procurator das Mandat nicht als Legitimation zum Prozeß diente, so war dies auch beim procurator in rem suam

---

[1]) D. 46, 2, 18.

[2]) Lenel, Pal. Bd. 1 S. 1219 Nr. 1420.

[3]) Bekker, Aktionen Bd. 2 S. 176; Wlassak, Die Litiscontestatio im Formularprozeß S. 26.

[4]) Lenel, Pal. Bd. 1 S. 1088 Nr. 798.

[5]) Wirbel, Le Cognitor S. 95: „Mais, jusqu'à la litiscontestatio, qui ne peut avoir lieu qu'à l'échéance de la créance, la situation du cognitor in rem suam demeure aussi précaire que celle du cognitor in rem alienam".

der Fall. Nur beim gewöhnlichen procurator, der in einem dauernden Geschäftsverhältnis zu seinem dominus stand, war ein Rechtsverhältnis wie Mandat erforderlich; aber durchaus nicht beim procurator in rem suam. Dieser will in gar keinem Rechtsverhältnis zum dominus stehen, als Legitimation zur Klage dient ihm lediglich die Kaution. Daß zwischen dominus und procurator in rem suam kein Mandat besteht, sagt Paulus zwar ausdrücklich für den cognitor in D. 3, 3, 42, 2: „aliquando non contrahitur obligatio mandati: sicut evenit cum in rem suam cognitorem[1]) praestamus“ . . ., aber doch so, daß der Schluß auf den procurator zwingend ist. Als Schutz gegen die Widerruflichkeit stand zwar das Mittel der Strafstipulation zu Gebote,[2]) jedoch nahm sie dem Gläubiger nicht die Möglichkeit zu widerrufen, sondern verpflichtete ihn nur, die Konventionalstrafe zu zahlen. Die Strafstipulation half daher nur auf indirektem Wege.[3]) Solange daher der cognitor oder procurator in rem suam nicht die litiscontestatio mit dem Schuldner vollzogen hatte, und dies konnte bei Forderungen mit weit hinausgeschobenem Fälligkeitstermin lange dauern,[4]) konnte von einem Erwerb der Forderung nicht die Rede sein. Mochte auch der Gläubiger auf Grund des internen Verhältnisses gehalten sein, die Prozeßvollmacht nicht zu widerrufen, so bildete dies jedoch lediglich einen obligatorischen Anspruch, der auf Unterlassen des Widerrufs, event. auf neue Bestellung zum cognitor oder procurator in rem suam ging.[5])

Wie bereits oben erwähnt, war der dominus in der Lage, auch nach der litiscontestatio auf den Prozeß einzuwirken. Er konnte den Prozeß von seinem cognitor oder procurator auf sich oder einen anderen Prozeßbevollmächtigten transferieren: D. 3, 3, 27, 1. Die kognitorische Prozeßtranslation erforderte auf Grund des prätorischen Edikts (fr. Vat. 341) einen Antrag beim

---

[1]) Lenel, Pal. Bd. 1 S. 977 Nr. 167.

[2]) Gai II, 252; Karlowa, Rechtsgeschichte Bd. 2 S. 719.

[3]) Windscheid, Actio S. 122.

[4]) Jedoch mußte die litiscontestatio vor Ablauf der Prozeßverjährung innerhalb 18 Monaten erfolgen; Gai IV, 104, 105.

[5]) D. 18, 4, 23, 1.

Prätor. Sie war beim cognitor stets zulässig und nur abhängig von vorheriger Prüfung des Sachverhaltes. Um den cognitor in rem suam vor einer unberechtigten Prozeßtranslation zu schützen, gewährte ihm der Prätor ein Widerspruchsrecht gegen den Translationsanspruch des dominus. Ein Recht schlechthin, im Prozesse zu bleiben, hatte er nicht, doch gab der Prätor dem Translationsverlangen nicht statt, wenn der cognitor bewies, daß er in rem suam bestellt sei, D. 3, 3, 25: plane si dicat in rem suam se cognitorem (D. procuratorem) datum et hoc probaverit non debet carere propria lite.

Da der procurator die Klage des dominus nicht konsumierte, blieb dieser in der Lage, den Schuldner seinerseits zu verklagen. Der dominus konnte somit aus eigenem Rechte vorgehen. Wenn er den Prozeß des procurator sistieren wollte, so mußte er im Einverständnis mit dem procurator die Aufhebung des ersten Prozesses vom Prätor verlangen. Somit wäre es nicht möglich gewesen, den procurator wider seinen Willen aus dem Prozeß zu entfernen. Aus diesem Grund eignete sich dieses Institut gut zur Forderungsübertragung; denn mit Abschluß der litiscontestatio konnte ihm sein Recht nicht mehr entzogen werden. Diese — für den procurator in rem suam günstige — Unmöglichkeit der Prozeßtranslation wider seinen Willen führte eine Änderung herbei. Als nämlich die Klage des beauftragten procurator mit Konsumtionskraft für die actio des dominus ausgestattet wurde, wuchs das Bedürfnis, den vom procurator begonnenen Prozeß auf den dominus übertragen zu können. Um nun die Translation vom Willen des procurator unabhängig zu machen, dehnte man das kognitorische Translationsedikt auch auf ihn aus.[1]) Der dominus konnte darnach vom Prätor die Translation beim procurator ebenso wie beim cognitor verlangen.[2]) War der procurator in rem suam bestellt, dann hatte er ein gleiches Widerspruchsrecht wie der cognitor in rem suam. Der Prätor gab dem Translationsverlangen nicht statt, wenn der procurator bewies, daß er in rem suam bestellt sei.

---

[1]) Koschaker, Translatio iudicii S. 113ff.

[2]) C. 2, 12, 22.

In dieser Gestaltung war die Prokuratur das zweckmäßigste Institut zur Forderungsübertragung. Die formlose Bestellung des procurator in rem suam diente mehr dem Verkehr als die förmliche cognitoris datio vor dem Gegner. Der procurator wurde auf Grund seiner Prozeßkaution zugelassen; er zerstörte das Klagrecht des dominus — der Schuldner war somit vor einer zweiten Inanspruchnahme geschützt —, und gegen eine vom dominus verlangte Prozeßtranslation hatte er ein Widerspruchsrecht. Die Nachteile dieser Art, Forderungen zu übertragen, sind darin zu suchen, daß der procurator in rem suam bis zur litiscontestatio kein festes Recht an der Forderung hat. Die Gefahr, daß ihm der dominus zuvorkomme und selbst mit dem Schuldner die litiscontestatio abschließe, sowie die Unmöglichkeit, die Forderung vor der litiscontestatio zu vererben, ließen das Institut auf die Dauer doch für unzureichend erscheinen. Es befriedigte nicht das Bedürfnis nach einem unentziehbaren, vom Willen des dominus unabhängigen Recht des Forderungserwerbers.

Erst die Kaisergesetzgebung hat in schrittweiser Entwicklung dem Forderungserwerber eine selbständige Klage gegeben (actio utilis). Doch auch hier liegt noch keine eigentliche Sukzession vor; es geht dies daraus hervor, daß der ursprüngliche Gläubiger seine Klage nach ius civile behält; die obligatio bleibt nach wie vor zwischen ihm und dem Schuldner bestehen. Jedoch ist der utiliter berechtigte Zessionar und ebenso der Schuldner in der Lage, seine Ansprüche abzuwenden.

In der nachfolgenden Darstellung ist zunächst die Entstehung der einzelnen actiones utiles darzutun und dann die Frage nach der Form der actio utilis zu behandeln. Im Anschluß an diese beiden Teile soll in einem dritten Abschnitt das justinianische Recht der Forderungsübertragung behandelt werden.

Erstes Kapitel.

Die historische Entwicklung der actio utilis des Zessionars.

§ 1.

Die actio utilis des Erbschaftskäufers.

Als erste selbständige Klage eines Forderungserwerbers finden wir in den Quellen die actio utilis des Erbschaftskäufers genannt. Durch Gai II, 34, 35 erfahren wir, daß eine Erbschaft durch in iure cessio übertragen werden kann. Wollte ein extraneus heres die ihm ab intestato nach ius civile deferierte Erbschaft nicht erwerben, so konnte er sie vor der aditio auf einen anderen durch in iure cessio mit der Wirkung übertragen, daß dieser mit Vollendung des Übertragungsaktes heres fit ... ac si ipse per legem ad hereditatem vocatus esset.[1]) Es kommt hier zu einem Forderungsübergang kraft ius civile dadurch, daß der Erwerber heres fit. Sämtliche Erbschaftsklagen stehen dem Erwerber als selbständige, eigene actiones directae zu. Hatte jedoch der veräußernde Erbe bereits die Erbschaft auf Grund des Testaments oder des Gesetzes (z. B. durch aditio) erworben, dann hatte die in iure cessio adquisitae hereditatis keine Universalsukzession zur Folge. Zwar gehen die zur hereditas gehörenden Sachen (corpora) auf den Erwerber über, jedoch so, ac si ei singula in iure cessa fuissent. Es liegt ein Kollektivakt, jedoch keine Universalsukzession vor. Da Forderungen nicht durch in iure cessio übertragbar waren, gehen die dem Veräußerer als heres zustehenden Erbschaftsforderungen auch nicht auf den Erwerber über, sondern erlöschen (debita vero pereunt).

[1]) In D. 44, 4, 4, 28, in der lediglich von cessio die Rede ist, haben die Kompilatoren die Worte in iure gestrichen. Vgl. Windscheid-Kipp. Pand. Bd. 3 § 601 Anm. 4.

Die Rechtswirkung ist daher völlig verschieden, je nachdem es sich um die in iure cessio delatae sed nondum adquisitae hereditatis oder in iure cessio adquisitae hereditatis handelt. Bei dieser findet kein Forderungsübergang statt, während bei jener ein solcher unabhängig vom Wollen des Schuldners praktisch möglich ist. Deswegen mag durchaus die Annahme gerechtfertigt sein, daß aus diesem Grunde der Erbschaftskauf zuerst die actio utilis des Forderungserwerbers zeigt. Der Käufer einer bereits vom Erben angetretenen Erbschaft steht rechtlich ungünstiger, als wenn er die Erbschaft bereits vor der aditio durch den heres legitimus erworben hätte; er ist nicht Gesamtnachfolger und muß daher einzeln die Erbschaftssachen und Forderungen erwerben. Bei der Übertragung durch in iure cessio erleichtert sich der Eigentümsübertragungsakt insofern, als sämtliche corpora hereditatis transeunt ad eum, cui cessa est hereditas, ac si ei singula in iure cessa fuissent. Andernfalls geschieht die Übertragung der Erbschaftssachen, indem der Erbschaftsverkäufer dem Erwerber die res, soweit sie nicht res nec mancipi sind, manzipiert. Die Erbschaftsforderungen kann der Erwerber nur geltend machen, wenn ihm der Veräußerer seine actiones abtritt, indem er ihn zum cognitor oder procurator in rem suam bestellt. D. 18, 4, 14, 1: Paulus: si hereditas venierit venditor res hereditarias tradere debet[1]) und D. 18, 4, 2, 8: Ulpian: hereditarias actiones praestare debet.[2]) [3])

Diese unsichere Stellung des Erbschaftskäufers, der die zur Erbschaft gehörenden Forderungen nicht eher zu seinen Vermögensbestandteilen rechnen konnte, als bis er mit jedem Schuldner die litiscontestatio vollzogen hatte, weckte das Bedürfnis, dem Erbschaftskäufer eine ähnliche Stellung zu geben wie dem Erwerber einer deferierten, jedoch nicht angetretenen Erbschaft durch in iure cessio; wie jener mußte er in der Lage sein, die Erbschaftsklagen selbständig, nicht als bloßer cognitor oder procurator in rem suam des Erbschaftsverkäufers an-

[1]) Lenel, Pal. Bd. 1 S. 1036 Nr. 509.

[2]) Lenel, Pal. Bd. 2 S. 1191 Nr. 2964.

[3]) D. 18, 4, 14, 1: wahrscheinlich ist hier tradere statt mancipio dare oder mancipare interpoliert.

zustrengen. Dies geschah dadurch, daß man ihm eine der actio directa des Erbschaftsverkäufers nachgebildete actio utilis gegen den, event. die Erbschaftsschuldner gab. Für unsere heutige Auffassung, der der Begriff der Forderungsübertragung ganz geläufig ist, hat eine derartige Konstruktion etwas Schwieriges an sich. Zum Verständnis derselben müssen wir uns den Grundsatz von der Unübertragbarkeit der Obligation vor Augen halten. Auf Grund der obligatio kann der Gläubiger eine actio (d. h. ein Klagformular) gegen den Schuldner verlangen. Soll also ein zessionsähnlicher Effekt zustande kommen, wobei jedoch der Erbschaftskäufer nicht als cognitor oder procurator in rem suam auftritt und die actio directa seines dominus alieno nomine erhebt, so muß er in der Weise eine Klage erhalten, daß ihm eine der actio des Erbschaftsverkäufers nachgebildete, selbständige und unabhängige Klage als actio utilis verliehen wird. Eine solche actio utilis wurde zuerst für den Erbschaftskäufer durch ein Reskript des Kaisers Antoninus Pius eingeführt. Der Fortschritt gegen den früheren Zustand liegt darin, daß der Erbschaftskäufer nicht als cognitor oder procurator in rem suam klagen bezw. verklagt zu werden braucht, und daß die Forderungen nicht erst durch die litiscontestatio auf ihn übergehen.

Die Bestimmungen des SCtum Trebellianum mögen wohl das Vorbild hierfür abgegeben haben; denn wenngleich der Grund der Übertragung beim fideicommissum ein anderer war als beim Erbschaftskauf, so handelte es sich in formeller Beziehung doch um denselben Vorgang. Dieselben Gründe, welche zur actio utilis des Erbschaftskäufers führten, mögen im Falle des SCtum Trebellianum vorgelegen haben; denn beim fideicommissum handelt es sich ebenso wie beim Erbschaftskauf um die Übertragung vieler Forderungen, die zur Erbschaft gehören und bei der Restitution an den Universalfideikommissar auf diesen dadurch übertragen werden, daß ihn der Erbe zum cognitor oder procurator in rem suam macht. Trotz der Restitution blieb der Erbe durch die Passiven der Erbschaft belastet, durch die Aktiven dagegen berechtigt. Die nachträglich bekannt werdenden Forderungen konnte der Universalfideikommissar ebenfalls nur geltend machen, wenn der Erbe sie ihm abtrat, d. h. ihn be-

fähigte, cognitorio oder procuratorio nomine zu klagen. Eine Verpflichtung hierzu begründete die stipulatio emptae hereditatis.[1]) Für den Universalfideikommissar bestand eine analoge Verpflichtung, falls der Erbe wegen sich nachträglich herausstellender Erbschaftsschulden in Anspruch genommen wurde. Das SCtum Trebellianum[2]) bestimmte nun, daß der Universalfideikommissar actiones utiles gegen die Erbschaftsschuldner erhalten sollte, welche den actiones directae des Erben nachgebildet waren. Gleichzeitig gewährte es den Erbschaftsgläubigern gegen ihn diejenigen Klagen, welche sie gegen den Erben hatten.[3]) Der Universalfideikommissar bedurfte somit nicht mehr der Bestellung zum cognitor oder procurator in rem suam; andererseits befähigte es die Gläubiger, sich an ihn statt an den Erben zu wenden: „actiones quae in heredem heredibusque dari solent,[4]) eas neque in eos neque his dari, qui fidei suae commissum sic, uti rogati essent, restituissent, sed his et in eos, quibus ex testamento fideicommissum restitutum fuisset“ (D. 36, 1, 1, 2).[5]) Durch das Versprechen des Erben, die Erbschaft zu restitutieren, gehen die Erbschaftssachen und -forderungen auf den Fideikommissar über; dieser ist mittelbarer Universalsukzessor, er erwirbt Eigentum der res, auch ohne den Besitz zu erlangen, und ebenso wird er Gläubiger der Erbschaftsforderungen.[6]) Der

---

[1]) emptae, weil die Restitution durch Scheinkauf nummo uno vollzogen wurde.

[2]) D. 36, 1, 1, 1, 1; Bruns, Fontes iuris Rom. S. 202.

[3]) Gai II, 253.

[4]) Lenel, Pal. Bd. 2 S. 909 Nr. 1871 [dari solent] iure civile competunt similiave Ulpian; vgl. Gai II, 253; 36, 1, 41.

[5]) vgl. auch J. II, 23, 4, welche Stelle durch ihre Fassung die Art der Klage kennzeichnet, indem sie von den Klagen, welche dem Erben zustehen, sagt: actiones, quae ... heredi et in heredem competunt, und dann hinzufügt: ei et in eum darentur cui ex fideicommissum restituta esset hereditas. Dieser Gegensatz von actiones competere und actiones dare beruht auf der Unterscheidung der Klagen in actiones civiles und praetoriae. Hierzu vgl. P. Krüger, Über das dare actionem und actionem competere, in ZRG. Bd. 16 S. 2ff.

[6]) D. 36, 1, 39: Paulus: non enim solutio est hereditatis restitutio, sed et successio, cum obligetur. D. eod. 65 (63): etsi nondum earum nactus fuerit possessionem.

Ausdruck „die Forderungen gehen über“ ist jedoch nur in dem Sinne zu verstehen, daß der Universalfideikommissar nicht mehr zum cognitor oder procurator in rem suam bestellt zu werden braucht, um die Erbschaftsforderungen einzuklagen, sondern daß er mit Vollendung des Restitutionsversprechens die Klagen des Erben als actiones utiles erhält. Wird der Erbe von den Erbschaftsgläubigern verklagt, so muß er, um seiner Erbenhaftung zu entgehen, vom Prätor die Aufnahme einer exceptio in die Formel verlangen, da trotz der Restitution seine Erbenstellung nicht erlischt.[1]) Letzterer Vorgang zeigt deutlich, daß die actiones des Erben nicht auf den Universalfideikommissar übergehen, sondern daß dessen actio utilis selbständig neben der actio directa des Erben besteht (vgl. hierüber weiter unten, § 7, das Verhältnis von actio utilis zur actio directa). Ex iure civili stehen die Klagen dem Erben zu; da aber materiell die Erbschaft dem Universalfideikommissar gehört, so versetzt der Prätor diesen in die Lage, seine Ansprüche aus der Erbschaft selbst geltend zu machen, und zwar im eigenen Namen. Zugleich läßt er ihn für die Passiven haften. Die actiones directae des Erben werden dadurch nicht beseitigt; klagt er, so kann ihm der belangte Erbschaftsschuldner entgegenhalten, daß er zwar formell, aber nicht mehr materiell berechtigt sei, die Erbschaftsforderungen geltend zu machen. Andererseits ist er gegen die Inanspruchnahme durch die Erbschaftsgläubiger geschützt, indem er deren Klage ope exceptionis (hereditatis restituae) von sich abwenden kann.

Dieses sind im wesentlichen die durch das SCtum Trebellianum eingeführten Neuerungen. Durchaus ähnlich ist der Vorgang beim Erbschaftskauf. Hier wie dort ist der Erbe civiliter berechtigt und verpflichtet; die Erbschaft wird dann von einem Dritten erworben, und so kam es auch beim Erbschaftskauf so weit, daß der Käufer dieselben Klagen wie der Verkäufer als actiones utiles erhielt.[2])

---

[1]) D. 36, 1, 28 (27); Lenel, Pal. Bd. 1 S. 424 Nr. 569.

[2]) Wirbel, Le Cognitor S. 95 Anm. 4.

In den Quellen finden wir nur wenige Angaben über die actio utilis des Erbschaftskäufers; es sind dies D. 2, 14, 16 pr. und C. 4, 39, 5. Beide Stellen sind hier näher zu untersuchen.

> D. 2, 14, 16 pr.: Ulpianus libro quarto ad edictum; si cum emptore hereditatis pactum sit factum et venditor hereditatis petat, doli exceptio nocet. nam ex quo rescriptum est a divo Pio utiles actiones emptori hereditatis dandas, merito adversus venditorem hereditatis exceptione doli debitor hereditarius uti debet.[1])

Das wichtigste, das zunächst lex cit. aussagt, ist die Schaffung der actio utilis für den Erbschaftskäufer durch ein Reskript des Kaisers Antoninus Pius. Eine genaue Kenntnis desselben ist durch die Quellen nicht gegeben, jedenfalls wird man zu der Annahme neigen dürfen, daß der Kaiser keinen neuen Rechtszustand herbeiführte, sondern nur einen bereits bestehenden Brauch prätorischer Praxis sanktionierte. In welchen Teil der Regierungszeit des Kaisers Antonin das Reskript zu verlegen ist, ob in den Anfang oder gegen das Ende, läßt sich nicht nachweisen. Der Umstand, daß Gai II, 38, 39 nichts von diesem Reskript erwähnen, obwohl man annehmen darf, daß das erste Buch und ein Teil des zweiten der Commentarii Quattuor kurz vorm Tode des Kaisers um das Jahr 161 geschrieben sind.[2]) mag die Annahme rechtfertigen, daß das Reskript gegen Ende der Regierungszeit erlassen ist. Der sonst so gewissenhafte Jurist würde wohl kaum ein derartig eingreifendes Reskript übergangen haben.[3])

Die lex cit. hat zu mancherlei Streitfragen Anlaß gegeben. Es handelt sich hierbei um die Frage, wie weit wir es mit ursprünglichem Text oder späteren Zusätzen zu tun haben. Von Wichtigkeit ist, um gleich auf das Ziel unserer Untersuchungen hinzuweisen, ob wir den „nam"-Satz als von Anfang an vorhanden oder als späteren Zusatz anzusehen haben. Ein kurzer

---

[1]) Lenel, Pal. Bd. 2 S. 435 Nr. 251.

[2]) Fitting, Alter und Folge der römischen Schriften S. 57; Krüger, Geschichte der Quellen S. 205.

[3]) vgl. die Anmerkung bei Eisele, Die actio utilis des Zessionars, in ZRG. Bd. 27 S. 54.

Überblick über die bisherige Literatur soll uns darlegen, wie man bisher diese Stelle aufgefaßt hat.

Si cum emptore hereditatis pactum sit factum et venditor hereditatis petat, doli exceptio nocet. Ulpian will mit diesen Worten sagen, daß der Erbschaftsschuldner, der mit dem Erbschaftskäufer ein pactum abgeschlossen hat, die Klage des Erbschaftsverkäufers mit einer exceptio zurückweisen kann. Seitdem die actio utilis vorhanden ist, muß eine solche exceptio möglich sein, da einerseits der Erbschaftsschuldner der Gefahr ausgesetzt wäre, zweimal in Anspruch genommen zu werden, und andererseits der Erbschaftskäufer gar kein selbständiges Verfügungsrecht über die Forderung hätte. Die gemeinrechtliche Lehre hat vergeblich nach einem Zusammenhang der beiden Sätze in l. 16 pr. gesucht, da sie den Vordersatz auf den procurator in rem suam und auf die Forderungsübertragung durch mandatum agendi bezog und die exceptio damit begründete, daß der Erbschaftsgläubiger mit dem als procurator in rem suam auftretenden Erbschaftskäufer ein pactum abgeschlossen habe, welches der Erbschaftsverkäufer gegen sich gelten lassen müsse. Daß kein logischer Zusammenhang zwischen den beiden Sätzen besteht, ist ihnen unzweifelhaft; denn einmal begründet Ulpian nach dieser Ansicht die Anwendung der exceptio doli damit, daß ein pactum des procurator in rem suam vorliege, dann aber, daß der Erbschaftskäufer eine actio utilis habe. Statt den Vordersatz lediglich als Tatbestand aufzufassen, schuf man so einen künstlichen Gegensatz zwischen diesem und dem „nam“-Satz. Dieser so entstandene mangelnde Zusammenhang ist in der Literatur vielfach erklärt worden. Die älteren Autoren suchen sich dabei so mit der Stelle abzufinden, wie sie uns durch die Quellen überliefert wird, während neuerdings vielfach die Möglichkeit einer Textveränderung in Erwägung gezogen wird. Mühlenbruch[1]) erwähnt die lex cit. im Zusammenhang mit D. eod. 13, 1.

Paulus: sed si in rem suam datus sit procurator, loco domini habetur: et ideo servandum erit pactum conventum

[1]) Zession S. 75; dsgl. Schmid, Zession Bd. 2 S. 111; Bähr in JheringsJ. Bd. 1 S. 383.

Und zwar fährt er fort, nachdem er vorher erläuterte, daß der procurator in rem suam die ihm aufgetragene Forderung vor der Litiscontestation geltend machen kann: „die lex cit. (l. 16 pr.) sagt aber nicht, daß dies eine eigentümliche Folge der actio utilis sei, sondern daß seit Antonins Bestimmung schon mit dem bloßen Verkauf einer Erbschaft das Recht für den in rem suam procurator eintreten solle, welches sonst noch ein besonderes Mandat erfordert hätte". Mühlenbruch bezieht den Vordersatz auf die Forderungsübertragung durch Bestellung zum procurator in rem suam und begründet das Vorhandensein der exceptio aus dem pactum, das für den dominus deshalb verbindlich sei, weil der procurator in rem suam auftrete: et ideo servandum erit pactum. Für den Erbschaftskauf gelte das gleiche, da hier bereits mit dem Verkauf der Erbschaft das Recht für den procurator in rem suam eintrete, welches sonst noch ein besonderes mandatum agendi erfordert hätte. Die actio utilis ist für Mühlenbruch nichts anderes als die actio mandata ohne Mandat. Die Forderungsübertragung kommt nach seiner Ansicht entweder durch ein mandatum agendi zustande oder durch jede mit Bestimmtheit erkennbare und gültige Erklärung, seine Forderung auf einen anderen übertragen zu wollen, z. B. beim Erbschaftskauf, wobei er ein mandatum agendi fingiert. Jedoch muß dann, wenn man wie er die ganze Zessionslehre auf einem erteilten oder fingierten Mandat aufbaut, eine exceptio aus dem pactum des Zessionars überhaupt Bedenken erregen, da ja, wie es Mühlenbruch keineswegs entgangen ist, der Zedent bis zur litiscontestatio jederzeit widerrufen kann, also auch nach dem pactum des Zessionars. Um zu beweisen, daß das vom procurator in rem suam geschlossene pactum auch für und wider den dominus verbindliche Kraft habe, verweist er auf die zusammenhängende Darlegung Ulpians in D. 2, 14, 10, 2 sq. und D. eod. 28, 1[1]) und stützt sich vor allem auf D. 2, 14, 13 pr. und 1.

Paulus: sed si tantum ad actionem cognitor (D. procurator) factus sit, conventio facta domino non nocet,

[1]) vgl. diesen Zusammenhang in Lenels Pal. Bd. 2 S. 434 u. 435, Ulpian ad edictum lib. IV.

quia nec solvi ei possit. sed si in rem suam datus sit cognitor (D. procurator) loco domini habetur: et ideo servandum erit pactum conventum.[1])

Im Gegensatz zum cognitor in rem alienam, welcher keinen Vergleich mit Wirkung für oder wider den dominus abschließen kann, ist der cognitor in rem suam in der Lage, ein pactum mit dieser Wirkung abzuschließen. In bezug auf dessen Gültigkeit drückt sich Paulus allerdings vorsichtig aus, indem er sagt: et ideo servandum erit pactum conventum. Wenn es nun im pr. der lex cit. heißt, daß das pactum den dominus nichts angehe, so folgt nach Eiseles Meinung nicht, daß in § 1 das pactum für den dominus verbindlich ist, sondern nur daß es überhaupt verbindlich ist (nämlich dem cognitor in rem suam gegenüber).[2]) Allerdings findet sich in der Literatur auch die entgegengesetzte Meinung vertreten, nämlich daß das vom cognitor in rem suam abgeschlossene pactum Gültigkeit gegen den dominus habe, und aus diesem Grunde der vom dominus verklagte Schuldner diesem die exceptio doli entgegenhalten kann.[3]) Diese Ansicht halte ich für zutreffend. Wir haben es von D. 2, 14, 10, 2 sq. ab mit einer zusammenhängenden Darstellung Ulpians zu tun, in der gezeigt wird, in welchen Fällen ein pactum einem Dritten gegenüber durch exceptio doli geltend gemacht werden kann. Paulus entscheidet in l. 13 nicht, daß das pactum schlechthin für den dominus verbindlich sei, sondern weil es von einem cognitor in rem suam abgeschlossen sei, müsse man es „respektieren" (servandum erit). Jedoch ist es unzulässig, dieses, was für den cognitor in rem suam gilt, als Begründung der exceptio doli in l. 16 pr. heranzuziehen. Es liegt kein Anhaltspunkt vor, den Vordersatz der l. 16 pr. auf den cognitor in rem suam beziehen zu müssen und damit einen Gegensatz zu dem „nam"-Satz zu schaffen. Denn der Erb-

[1]) Hier wie in zahlreichen anderen Stellen haben die Kompilatoren den Ausdruck cognitor gestrichen und dafür procurator gesetzt; vgl. Eisele, Cognitur und Procuratur S. 71 Anm. 46.

[2]) Eisele a. a. O. S. 94 Anm. 61.

[3]) Gide, Transport des créances S. 332; Wirbel, Le Cognitor S. 121 Anm. 3.

schaftskäufer tritt nicht als cognitor in rem suam auf, sondern er klagt mit der actio utilis. Trotz dieser actio utilis bleibt die actio directa des Erbschaftsverkäufers bestehen. Für den Schuldner ist also die Gefahr doppelter Inanspruchnahme trotz der geschehenen Zession gegeben. Um einer doppelten Haftung zu entgehen, muß der Schuldner in der Lage sein, sich gegen die Klage des Erbschaftsverkäufers zu schützen.

Die gleiche Auslegung von l. 16 pr., wie sie Mühlenbruch gibt, begegnet uns bei Windscheid[1]): „Es handelt sich hier um die Einrede, womit der Schuldner dem Zedenten gegenüber den Inhalt eines mit dem Zessionar abgeschlossenen pactum (de non petendo) zur Geltung bringt".

Bähr vertritt die Ansicht, „daß die vom Kaiser Antonin dem Erbschaftskäufer erteilte utilis actio nicht wohl zur Begründung der exceptio doli lediglich für den besonderen Fall eines vom Erbschaftskäufer abgeschlossenen pactum de non petendo, vielmehr aus einem allgemeinen, jenen besonderen Fall absorbierenden Gesichtspunkt in Bezug genommen sei". Den Schlußsatz übersetzt er daher: „denn seitdem durch ein Reskript des Divus Pius dem Erbschaftskäufer eine utilis actio gewährt ist, kann überhaupt der Erbschaftsschuldner die Klage des Erbschaftsverkäufers mittels der exceptio doli zurückweisen".[2]) Es scheint also, daß Bähr auf dem richtigen Wege zur Lösung der Frage ist. Daß er sie nicht völlig gelöst hat, liegt an seiner Auffassung des Vordersatzes. Auch er begründet die exceptio durch das vom procurator in rem suam abgeschlossene pactum; während er im „nam"-Satz dem Erbschaftsschuldner deshalb die exceptio doli gibt, weil der Käufer seit Antonins Reskript eine actio utilis gegen ihn habe. Trotz seiner oben wiedergegebenen Übersetzung des „nam"-Satzes bleibt ein Gegensatz mit dem Vordersatz bestehen.

Beseler[3]) sieht wegen des anscheinend mangelnden Zusammenhanges in l. 16 pr. den „nam"-Satz als Randglosse eines

---

[1]) Actio S. 142.

[2]) Zession, in JheringsJ. Bd. 1 S. 383.

[3]) Zur Kritik der römischen Rechtsquellen Bd. 2 S. 3.

unvollkommenen Juristen an. Er hält für unwahrscheinlich, daß in dieser Stelle Streichungen vorgenommen seien.

Zu einer befriedigenden Lösung der Frage, in welchem inneren Verhältnis die beiden Sätze von l. c. stehen, gelangt man, wenn man den Vordersatz nicht auf die Forderungsübertragung durch Bestellung zum cognitor in rem suam bezieht und die exceptio doli damit begründet, daß der cognitor in rem suam nach der Entscheidung Paulus' in § 13 eod. in der Lage sei, ein den dominus bindendes pactum zu schließen, sondern sich von dem Gedanken frei macht, daß der Erbschaftskäufer in l. 16 pr. als cognitor in rem suam auftritt, und den Vordersatz als Tatbestand auffaßt, dessen Begründung der „nam"-Satz enthält. Trotz der selbständigen actio utilis des Erbschaftskäufers findet kein Erlöschen der actio directa des Verkäufers statt. Der Grund für dieses Fortbestehen mag, wie Partsch hierzu bemerkt, darin bestehen, daß die Byzantiner nicht nur den römischen Begriff der Rechtsübertragung kennen, sondern auch einen hellenistischen. Danach gilt der alte Berechtigte trotz der Forderungsübertragung Dritten gegenüber als Berechtigter. Für sie ist das mandatum agendi eine cessio *ἐκχώρησις*.[1]) Schol. 1 ad Bas. 11, 1, 16[2]): „*Πέπρακέ τις κληρονομίαν τινὶ καὶ ἐτραδίτευσε ταύτης τὰ πράγματα τῷ ἠγορακότι, καὶ μετηνέχθησαν οὐτιλίας αἱ ἀγωγαι τὴς κληρονομίας ἐπὶ τὸν ἀγοραστήν. μεταφέρονται γὰρ οὐτιλίως ἐκ τῆς Πίου διατάξεως. τούτων οὕτω γεγενημένων ὁ ἀγοραστὴς πάκτον τινὶ τῶν τὴς κληρονομίας δεβιτόρων ἐποίησεν, ὅτι οὐκ ἀπαιτῶ σε τὸ χρέος. μετὰ ταῦτα ὁ πράτης, ὡς ἔχων ἔτι τὸ ἀσώματον καὶ δια τοῦτο τὰς διρέκτους, ἦκε κινῶν κατὰ τοῦ δεβίτορος νεροδιταρίου, πρὸς ὃν τὸ πάκτον ἐγένετο. καὶ λέγαι Οὐλπιανός ἐκβάλλεσθαι αὐτὸν δόλου παραγραφῇ. δια τοῦτο δὲ δόλου καὶ οὐ πάκτου, ἐπειδὴ πρωτοτύπως τὸ πάκτον οὐκ ἐποίησε . . . ὥστε εἰκότως καὶ ὁ τῆς κληρονομίας ἀγοραστὴς πακτεύων βλάπτει τὸν πράτην. καὶ ἐπὶ τοῦτῳ γὰρ οὐτιλίως ἐκτῆς παρούσης διατάξεως αἱ ἀγωγαὶ μεταφέρονται, ὡς ἔγνως ἐνταῦθα*". Ein Erlöschen der actio directa ipso iure zugunsten der actio utilis würde dem Zedenten

---

[1]) vgl. w. u. die Darstellung dieser Theorie in § 7.

[2]) Heimbach Bd. 1 S. 584, 585.

das Recht nehmen, gegen den Schuldner nach vollzogener Zession zu klagen. Statt dessen bezeugen die Quellen das Gegenteil, nämlich das Fortbestehen der actio directa. Klagt also der Erbschaftsverkäufer trotz der stattgehabten Zession gegen den Schuldner, so muß gegen ihn eine exceptio aus dem pactum zulässig sein, das der Schuldner mit dem Erbschaftskäufer abgeschlossen hat. Abzulehnen ist daher die Ansicht Bährs, daß der Erbschaftsschuldner allgemein die exceptio doli habe, seitdem dem Erbschaftskäufer die actio utilis gewährt sei,[1]) sondern weil der Erbschaftskäufer, dem seit dem Reskript die actio utilis verliehen ist, ein pactum mit dem Schuldner geschlossen hat (dies ist der Tatbestand), kann der Schuldner der Klage des Erbschaftsverkäufers die exceptio entgegenhalten.[2])

Es widerstrebt der bona fides, wenn sich der Erbe, der die Erbschaft verkauft hat, mit seiner eigenen Willensbetätigung in Widerspruch setzt. Wenn ihm auch nach ius civile die actio directa verbleibt, so hat er doch durch den Verkauf kund getan, nicht mehr Gläubiger des Erbschaftsschuldners zu sein. Die Klagerhebung gegen den Schuldner ist ein unzulässiges venire contra factum proprium, gegen das der Prätor die exceptio dem Schuldner gewährt.[3])

Die zweite Stelle, welche die actio utilis des Erbschaftskäufers erwähnt, ist eine Konstitution des Kaisers Alexander Severus aus dem Jahre 224.

---

[1]) So v. Koschembahr-Lyskowski, Theorie der Exzeptionen S. 161. „Es bezieht sich diese exceptio also schlechtweg auf alle Fälle, nicht bloß auf den Fall, wo der Erbschaftskäufer mit dem Schuldner ein pactum de non petendo geschlossen hat".

[2]) vgl. Costa, Corso di Storia del Diritto Romano II, p. 321 § 4: „exceptio doli con la quale correspondentemente esso debitore poteva difendersi contra l'azione di credito intendata da questo"; ferner Eisele, actio utilis, in ZRG. Bd. 27 S. 58.

[3]) Ein allgemeines Verbot des venire contra factum proprium hat es im römischen Recht nicht gegeben. Jedoch gibt es zahlreiche einzelne Entscheidungen, welche sich nur aus dem Gesichtspunkte heraus erklären lassen, daß es gegen die bona fides verstößt, wenn jemand sich mit seiner eigenen Willensbetätigung in Widerspruch setzt; vgl. Riezler, Venire contra factum proprium.

C. 4, 39, 5: Imp. Alex. Emtor hereditatis actionibus mandatis eo iure uti debet, quo is cuius persona fungitur (quamvis utiles etiam adversus debitores hereditarios actiones emtori tribui placuerit).

Die ziemlich unklare Fassung der Stelle läßt auf eine Interpolation schließen. Gesagt wird in der Konstitution, daß der Erbschaftskäufer sich zur Geltendmachung der Erbschaftsforderungen die Klagen des Erbschaftsverkäufers mandieren ließ; damit ist die Bestellung zum procurator in rem suam und die Erteilung des mandatum agendi gemeint, auf Grund dessen er die Klagen des Verkäufers alieno nomine erhebt. Daß der procurator in rem suam alles das gegen sich gelten lassen muß, was der Schuldner dem klagenden dominus hätte entgegenhalten können, scheint aus den Worten: eo iure uti debet, quo is cuius persona fungitur hervorzugehen. Die Bestimmung des Kaisers fußt demnach auf dem Prinzip, Forderungen durch Bestellung zum procurator in rem suam dritten Personen zugänglich zu machen. Erst der durch quamvis eingeleitete Satz besagt, daß es noch eine andere Möglichkeit gibt, die Forderungen geltend zu machen, nämlich: utiles actiones . . . tribui placuerit.

Die eigentümliche Anknüpfung dieses Satzes und vor allem das Verlassen des Gedankens im Vordersatz weisen hier auf eine Interpolation hin. In dem Satze emtor — fungitur entscheidet der Kaiser nicht, daß der Erbschaftskäufer mit der actio mandata vorzugehen habe, sondern vielmehr, daß er eo iure uti debet, quo is cuius persona fungitur. Das Gewicht der Entscheidung liegt demnach in diesen Worten, nämlich, daß der procurator die Klage des dominus nicht anders geltend machen kann, als wie dieser es tun würde; Stundungsverträge, beneficium competentiae usw. muß der procurator gegen sich gelten lassen. Die Worte actionibus mandatis geben schon durch ihre Form als ablativus absolutus zu erkennen, daß die kaiserliche Entscheidung nicht sagen will, dem emtor hereditatis stehe die actio mandata zu. Es widerspricht daher in logischer Hinsicht dem Gedanken des Vordersatzes, nämlich dem eo jure uti debet, quo is cuius persona fungitur, die actio utilis im Nachsatz gegenüberzustellen. Dieses wäre nur dann möglich, wenn die actio

mandata im Vordersatze als Gegenstand der Entscheidung aufträte, nicht aber wie hier als Adverbiale. Ferner ist die konzessive Anknüpfung durch quamvis unverständlich. Zahlreiche Quellenstellen, in denen von der actio mandata des procurator in rem suam die Rede ist, enthalten ähnliche, oft wörtlich wiederkehrende Nachsätze wie hier, in denen die actio utilis genannt wird (vgl. w. u. § 2). Es ist daher anzunehmen, daß von den Kompilatoren in Rücksicht auf den Rechtszustand ihrer Zeit, solchen Stellen, die sich auf die actio mandata beziehen, die actio utilis hinzugefügt ist; und da solche Zusätze häufig von unkundigen Juristen ausgeführt wurden, konnten solche unlogischen Anknüpfungen wie hier durch quamvis entstehen. Auch der Ausdruck utiles actiones tribui placuit erregt Bedenken, denn wahrscheinlich hat man tribuere nur von den zivilen Klagen gebraucht (vgl. D. 3, 3, 28; 3, 5, 9 pr.; 7, 1, 60 pr.).

Sehen wir daher den mit quamvis eingeleiteten Satz für ein Emblema Triboniani an, dann dürfen wir folgern, daß die seit der Mitte des 2. Jahrhunderts eingeführte actio utilis zu Beginn des 3. Jahrhunderts noch nicht die alte Art, Forderungen durch Bestellung zum procurator in rem suam geltend zu machen, beim Erbschaftskauf verdrängt hat. Zu dem gleichen Resultat kommen wir, wenn wir den „quamvis"-Satz für echt ansehen. Seine Kürze, die die actio utilis gleichsam als etwas Nebensächliches erscheinen läßt, sowie die kaiserliche Entscheidung im Vordersatz bezeugen, daß der Erbschaftskäufer noch keineswegs ausschließlich utiliter klagte. Man wird daher der actio utilis zu dieser Zeit nur subsidiäre Geltung zuschreiben dürfen. Der Prätor gewährte sie dem Erbschaftskäufer, wenn aus irgend welchen Gründen die Bestellung zum procurator in rem suam unterblieben war oder der Verkäufer dieselbe widerrufen hatte.

Zwischen dem SCtum Trebellianum, das im Jahre 56 p. Chr. n. ergangen war, und dem in D. 2, 14, 16 pr. genannten Reskript Antonins liegt ein Zeitraum von 100 Jahren, der sich nur schwer erklären läßt, da den Römern beide Institute, das des Universalfideikommissum und das des Erbschaftsverkaufs, sehr ähnlich erschienen; denn bei der Behandlung des einen finden sich oft Hinweise auf das andere, z. B. Papinian in

D. 2, 15, 17.[1]) Daß die actio utilis des Erbschaftskäufers so viel später entstanden ist als die des Universalfideikommissars,[2]) ist damit zu begründen, daß der Grundsatz der Unübertragbarkeit einer Forderung tief in die Rechtsordnung eingedrungen war, nicht aber daß den Römern, wie viele Schriftsteller annehmen, der Gedanke, Forderungen zu übertragen, überhaupt fremd gewesen wäre. Eine solche Annahme ist in Hinblick auf Gai II, 38 bedenklich; denn wenn Gaius der Zessionsbegriff fremd gewesen wäre, könnte er nicht schreiben: ... quod mihi ab alio debetur, id si velim tibi debere, nullo eorum modo, quibus res corporales ad alium transferuntur, id efficere possum. Vielmehr war die Unübertragbarkeit der Forderungen kraft positiver Bestimmung ausgeschlossen; die Neuerungen des SCtum Trebellianum mußten daher erst längere Zeit hindurch in Gebrauch gewesen sein, ehe sie umgestaltend auf ein ähnliches Institut wie das des Erbschaftsverkaufs einwirken konnten. Daß auch nach dem Reskript Antonins noch der alte Weg, Forderungen zu übertragen, benutzt wurde, darf in Rücksicht auf die Zähigkeit, mit der sich oft die vorhandenen Institute im römischen Recht erhalten haben, nicht wundernehmen;[3]) ferner gab es auch genügend Fälle, in denen nach dem Willen der Parteien nur bloße Prozeßvollmacht vorliegen sollte. Für diese blieb natürlich die Bestellung zum procurator und Erteilung der Prozeßvollmacht nach wie vor in Gebrauch.

§ 2.

Utiles actiones bis zur Zeit Diokletians.

Einige Quellenstellen aus dem zweiten Jahrhundert erwähnen die actio utilis für das Gebiet der Forderungsverpfändung und des Forderungskaufes. Der Pfandgläubiger kann, dem Zweck der Forderungsverpfändung entsprechend — nämlich dingliche

[1]) vgl. Mühlenbruch, Zession S. 494.

[2]) Gai II, 253; J. II, 23, 4.

[3]) D. 2, 15, 17; vgl. Fr. Schulz, Klagenzession im Interesse des Zessionars usw., in ZRG. Bd. 27 S. 142.

Sicherung der Schuld und Möglichkeit, sich ohne den Willen des Schuldners Zahlung zu verschaffen —, die verpfändete Forderung nach dem Verfall zum Verkauf bringen (ius vendendi) oder einziehen (ius exigendi).[1]) Die letztere Befugnis ist die nächstliegende und allgemein anerkannte, während für die erstere verschiedene Zweifel bestehen.[2])

Macht der Pfandgläubiger von seinem ius exigendi Gebrauch, zieht er also die ihm verpfändete Forderung ein, so erscheint er wie ein Zessionar des Verpfänders. Die Forderungsverpfändung ist daher ähnlich einer Übertragung des Rechts auf den Pfandgläubiger anzusehen zwecks Ausübung und Geltendmachung derselben, falls nicht rechtzeitig die Befriedigung durch den Verpfänder erfolgt. Einzelne Schriftsteller sprechen hier von einer bedingten Zession, d. h. für den Fall bedingt, daß der Pfandgläubiger nicht befriedigt wird.[3]) Jedoch ist die Heranziehung des Zessionsbegriffes keine glückliche. „Entweder", sagt Windscheid,[4]) „macht man sich unnötige Schwierigkeiten, indem man die durch die Natur des Pfandverhältnisses ausgeschlossenen Konsequenzen des Zessionsbegriffes erst wieder entfernen muß, oder man läuft Gefahr, gegen die Natur des Pfandverhältnisses solche Konsequenzen zuzulassen." Hellwig[5]) konstruiert das Verhältnis zwischen Forderungsverpfänder und Forderungspfandnehmer so, daß er die Forderung zwar auf den Pfandgläubiger übergehen, aber zugleich auch beim Pfandschuldner verbleiben läßt, soweit die Rechte des Pfandgläubigers nicht eingreifen; für ihn liegt eine solidarische Berechtigung des Pfandgläubigers und Pfandschuldners vor, die er als „kooptierende Zession" bezeichnet.[6])

---

[1]) D. 13, 7, 18 pr.

[2]) Über diese Streitfrage vgl. Windscheid-Kipp, Pand. Bd. 1 § 239 Anm. 9.

[3]) So Mühlenbruch, Exner; ferner Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 462 und System des röm. PrivR. Bd. 1 S. 530, welcher eine zu Pfandrechtszwecken vorgenommene und daher beschränkte Zession annimmt.

[4]) Pand. Bd. 1 § 239 Anm. 10.

[5]) Die Verpfändung und Pfändung von Forderungen nach gemeinen Recht und der RZPO.

[6]) Hellwig a. a. O. S. 54ff.

Alle diese Ansichten sind nicht befriedigend, sie erklären sich aus der gemeinrechtlichen Doktrin, die überall, wo von actio utilis die Rede ist, eine Zession zugrunde legt. Durch die Verpfändung erhält der Pfandgläubiger ein Recht an der Forderung, welches ihm ermöglicht, die Forderung nach Verfall selbst einzuziehen. Insofern ist seine Stellung analog der eines Zessionars.[1]) Um dieses ius exigendi durchzusetzen, bedurfte der Pfandnehmer im klassischen Recht der Bestellung zum procurator in rem suam. Während der Forderungskäufer die Bestellung zum procurator in rem suam mit der actio empti verlangen konnte, fehlte dem Pfandgläubiger ein ähnliches Zwangsmittel gegen den Verpfänder; er hat zwar die actio pigneraticia contraria; jedoch kommt in Betracht, daß dem Pfandgläubiger mit einer actio in personam wider den Verpfänder wenig geholfen ist. Sollte daher die Forderungsverpfändung ihren Zweck vollständig erfüllen, so mußte der Pfandgläubiger in der Lage sein, unabhängig vom Willen des Verpfänders sein ius exigendi ausüben zu können. Dies geschah dadurch, daß der Pfandschuldner in seiner Disposition über die Forderung beschränkt wurde. Daß dem Pfandnehmer die Befugnis zustand, die Verpfändung dem Schuldner anzuzeigen, wodurch diesem das Recht genommen wurde, wirksam an den Verpfänder zu zahlen, steht erst für das justinianische Recht fest, da die hierzu in Betracht kommende Stelle C. 8, 16 (17) 4 interpoliert ist.[2]) Bei verbrieften Forderungen ließ sich der Pfandgläubiger die Urkunden übergeben, wodurch dem Verpfänder die Verfügung über die Forderung genommen wurde. Zur prozessualen Geltendmachung gewährte der Prätor dem Pfandgläubiger eine actio utilis; die übergebenen Urkunden dienten dabei als Legitimation.[3]) Die Forderungs-

---

[1]) Nur abtretbare Forderungen können verpfändet werden, vgl. BGB. § 1274 Abs. 2.

[2]) Ausführliche Kritik dieser Stelle weiter unten § 8.

[3]) Der in den Quellen vorkommende Ausdruck cautio gleich Urkunde bedeutet sowohl die Stipulationsurkunde (D. 22, 3, 25, 4) als auch jede andere Art von Urkunde, vgl. Gneist, Formelle Verträge S. 233 ff. In den übrigen Quellenstellen D. 13. 7, 18 pr. 20, 1, 13, 2 ist nomen debitoris als ein vom Schuldner ausgestellter Schuldschein aufzufassen; wenn jedoch Exner,

verpfändung hat somit ihren rechtlichen Schutz durch den Prätor gefunden: tuenda a praetore est haec conventio (D. 13, 7, 18 pr.).[1])

Es ist wohl mit Sicherheit anzunehmen, daß der Forderungsverpfändung zuerst dadurch Anerkennung beim Prätor verschafft worden ist, daß ihm die übergebenen Urkunden vorgelegt wurden.[2]) In dieser Form hatte die Forderungsverpfändung wenigstens eine äußere Ähnlichkeit mit der Besitzübertragung der verpfändeten Sachen, und dem Verpfänder wurde dadurch die faktische Möglichkeit entzogen, die Forderung dem bestehenden Pfandrecht zuwider einzuziehen. Solche Verpfändung durch Übergabe der Urkunden (Eigentumsurkunden) finden wir in den ägyptischen Papyri für Grundstücke und bewegliche Sachen bezeugt.[3])

Über die Forderungsverpfändung gibt uns eine Ulpianstelle in D. 20, 1, 20 Auskunft:

> Ulpian: cum convenit, ut is qui ad refectionem aedificii credidit, de pensionibus iure pignoris ipse creditum recipiat, (etiam) actiones utiles adversus inquilinos accipiet cautionis exemplo, quam debitor creditori pignori dedit.

Kritik des Pfandrechtsbegriffs S. 150 Anm. 283 sagt, „daß nomen weder Schuld heißen, noch in der Bedeutung von Forderung den Schuldner im Genetiv hinter sich haben kann", so beruht dies auf einem Irrtum. In den zitierten Stellen ist nomen debitoris allerdings als ein vom Schuldner vollzogener Schuldschein aufzufassen, der zu Beweiszwecken dient. Jedoch findet sich das Wort nomen auch in der Bedeutung von Schuld an anderen Stellen, z. B. D. 32, 3, 11, 13 si nomen quis debitoris exegerit.

[1]) Hellwig a. a. O. S. 4.

[2]) vgl. Bähr, Zur Zessionslehre, in JheringsJ. Bd. 1 S. 285: „In diesem Falle (nämlich wo die Forderung auf einer verbrieften Stipulation beruhte) scheint die actio utilis zuerst Anwendung gefunden zu haben". C. 8, 16 (17) 4: nomen quoque debitoris pignerari et generaliter et specialiter posse pridem placuit, a. 225. Der Ausdruck placuit weist auf die Entstehung des Rechtssatzes aus einer anderen Quelle als dem Kaiserrecht hin, Hellwig a. a. O. S. 4.

[3]) vgl. Kübler, Griechische Tatbestände, in ZRG. Bd. 29 S. 183 ff.; Schwartz, Hypothek und Hypallagma S. 13: Übergabe der auf die Pfandobjekte bezüglichen Urkunden, „ἐν ὑπαλλάγματι", wodurch dem Schuldner jede Verfügung erschwert und dem Gläubiger die Zwangsvollstreckung erleichtert werden soll.

Es wird hier von der Verpfändung des Mietzinses gesprochen. Jemand hat ein Darlehen zur Reparatur eines Hauses gegeben. Die Tilgung der Schuld soll dadurch geschehen, daß sich der Gläubiger aus dem Mietzins bezahlt macht. Die Befriedigung geschieht durch datio in solutum. Nach Ulpians Entscheidung soll der Gläubiger die actio locati seines Schuldners als actio utilis erhalten: cautionis exemplo quam debitor creditori pignori dedit. Die Wirkung einer Forderungsverpfändung unter Hingabe des Schuldscheins war, daß der Prätor dem durch den Schuldschein legitimierten Pfandgläubiger eine actio utilis verlieh, mit welcher er die Forderung vom Schuldner eintreiben konnte, während der Klage des Verpfänders (actio directa) eine peremptorische Einrede entgegenstand.[1]) In D. 20, 1, 20 hat sich die prätorische Praxis dahin entwickelt, daß die actio utilis auch dann verliehen wird, wenn der Nachweis der Verpfändung auf andere Weise als durch die übergebene Schuldurkunde erbracht wird. Anlaß zu Bedenken könnte in dieser Stelle die Wendung: etiam utiles actiones ... accipiet geben. Es ist nicht ganz klar, was Ulpian mit diesem etiam besagen will. Sollte es soviel heißen wie „auch derjenige, welcher ein Darlehn zur Reparatur eines Hauses gegeben hat, erhält eine actio utilis", dann ist die Stellung dieses Wortes ungeschickt; denn in dem unmittelbaren Vorhergehen vor actiones utiles gewinnt der Satz einen anderen Sinn, nämlich den, daß der, welcher ein Darlehn usw. gegeben hat, auch (außerdem) actiones utiles erhält. Es taucht dann sofort die Frage auf, zu welcher anderen Klage hier die actio utilis hinzutreten soll. Man könnte daher annehmen, daß Ulpian zuerst die Möglichkeit, als procurator in rem suam zu klagen, erwähnt hat und dann hinzufügte, etiam actiones utiles accipiet. Von den Kompilatoren ist dann das, was sich auf den procurator in rem suam bezog, gestrichen worden. Ebenso möglich, wenn nicht gar wahrscheinlicher ist, daß die Kompilatoren die Entscheidung Ulpians, welche sich auf den procurator in rem suam bezog, für ihren Rechtszustand passend machten, indem sie diese durch den Satz etiam actiones utiles accipiet ersetzten.

---

[1]) C. 8, 16 (77) 4.

Der Pfandgläubiger hat außer dem ius exigendi, wenn auch nicht so unbeschränkt wie dieses, die Befugnis, die Forderung zu verkaufen (ius vendendi),[1]) um sich aus dem Erlös zu befriedigen. Gewährte daher der Prätor dem Pfandnehmer die actio utilis, so liegt die Annahme nahe, daß er sie auch dem Käufer der Forderung gab. Zum Beweis dafür zieht Mühlenbruch[2]) die oben zitierte Kodexstelle C. 4, 39, 7 heran:

> Postquam eo decursum est, ut cautiones quoque debitorum pignori darentur, ordinarium visum est, ut post nominis venditionem utiles emptori, sicut responsum est vel ipsi creditori postulanti dandas actiones.

Die schlechte Sprache der Stelle läßt keinen Zweifel darüber, daß die Kompilatoren den ursprünglichen Text verändert haben. Wenn auch die Wendung ‚postquam eo decursum est' verdächtig erscheint, so kann diese immerhin noch echt sein, da wir decurrere in dem hier gebrauchten Sinne auch bei anderen Schriftstellern finden, z. B. M. Fabius Quinctilianus: ‚omnium eo sententiae decurrunt, ut'. Dagegen dürfte die zweimalige, schwerfällige Passivform: ‚decursum est', und ‚ordinarium visum est' sowie die zweimalige Anknüpfung mit ‚ut' auf eine Interpolation hinweisen. Auch der eingeschaltete Zusatz: ‚sicut responsum est' stammt möglicherweise erst von den Kompilatoren her. Der Text dieser Stelle ist zu korrupt, als daß die Konstitution etwas für die Zeit aussagen könnte, aus der sie stammt; sie kann daher nicht zum Beweis für die actio utilis des Forderungskäufers herangezogen werden.

Von älteren Stellen, welche dem Forderungserwerber eine actio utilis geben, kommen hier C. 4, 10, 1 und C. eod. 2 in Betracht. Jedoch wird sich ergeben, daß aus ihnen kein sicherer Beweis für die actio utilis zu entnehmen ist.

> C. 4, 10, 1. Imp. Gordianus A. Valeriae: Data certae pecuniae quantitate ei cuius meministi in vicem debiti actiones tibi adversus debitorem, pro quo solvisti dicis esse mandatas et, antequam eo nomine litem contestareris, sine herede creditorem fati munus implesse proponis, quae si ita sunt, utilis actio tibi competit. a. 242.

---

[1]) D. 42, 1, 15, 10 und C. 4, 39, 7.

[2]) Zession S. 191.

Valeria hat eine fremde Schuld bezahlt und dafür die Forderungen des Gläubigers gegen den Schuldner erhalten. Aus lex cit. geht nicht hervor, aus welchem Grunde Valeria die Schuld bezahlte, vielleicht handelte es sich hierbei um eine Bürgschaft, so daß Valeria auf Grund des beneficium cedendarum actionum die Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner erhielt: actiones tibi adversus debitorem, pro quo solvisti dicis esse mandatas. Die Forderungsübertragung ist durch Bestellung zur procuratrix in rem suam geschehen. Infolge des Todes des Zedenten ist diese Prozeßvollmacht hinfällig geworden, so daß Valeria die Forderung nicht einzuklagen vermag. Da auch keine Erben vorhanden sind, von denen sie eine neue Prozeßvollmacht verlangen kann, so würde sie ihre Forderung verlieren, wenn nicht der Kaiser ihr eine actio utilis gewährte.

Diese actio utilis hat subsidiären Charakter, sie wird der Valeria gegeben, um die wirkungslos gewordene Prozeßvollmacht zu ersetzen. Es handelt sich demnach hier um einen Anwendungsfall des sogen. Kognitionsprinzips, d. h. der Prätor gewährt nur dann die actio utilis, wenn der Forderungserwerber anderenfalls seinen Anspruch nicht geltend machen könnte, da entweder ohne sein Verschulden die Bestellung zum procurator in rem suam unterblieben oder wie in lex cit. unwirksam geworden ist.[1]) Es liegt hier keine allgemeine Rechtsregel vor, wie Schmid[2]) annimmt, nach welcher der Zessionar deshalb die actio utilis erhalte, weil er zum procurator in rem suam bestellt sei. Schmid will in dieser Konstitution den Satz ausgesprochen sehen, den er allgemein vertritt, nämlich, daß das mandatum agendi die gemeinsame Quelle für die actio directa alieno nomine und die actio utilis suo nomine des Zessionars sei.[3]) Gerade das Gegenteil ist der Fall; nach dem Wortlaut der Stelle gewährt der Kaiser der Valeria deshalb die actio utilis zur Eintreibung der zedierten Forderung, weil die Bestellung zum procurator hinfällig geworden ist. Die Entwicklung der actio utilis zu dieser Zeit, der die C. 4, 10, 1 angehört (a. 242), ist noch nicht soweit

[1]) Mühlenbruch, Zession S. 194ff.
[2]) Zession Bd. 1 S. 255.
[3]) Zession Bd. 1 S. 5.

fortgeschritten, daß sie auf Grund der bloßen Tatsache des Forderungserwerbs gewährt wird. Levy[1]) will daher diese Stelle auf den besonderen Fall des Todes des Zedenten beziehen, woraus sich ergeben würde, daß die actio utilis in dieser Zeit nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen gegeben wurde. Es bleibt jedoch fraglich, ob diese Ansicht, selbst unter der von Levy gebrachten Einschränkung, richtig ist.[2]) Die Worte ‚actio tibi competit' sind bedenklich, da es sich hier um eine nur auf Grund eines besonderen Falles verliehene Klage handelt. ‚Actio competit' bezieht sich auf die zivilen Klagen, während für die vom Prätor verliehenen Klagen der Ausdruck ‚actionem dare' üblich ist. Eine Verwechslung dieser Ausdrücke kann nur den Kompilatoren zuzuschreiben sein. Bonfante[3]) hält actio utilis in dieser Stelle für interpoliert; jedoch liegt dafür kein sachlicher Grund vor; denn die einzige zuständige Klage für den dargestellten Tatbestand ist eben nur die actio utilis.[4])

Wahrscheinlicher ist es, wenn man den ganzen Satz ‚quae si ita sunt, utilis actio tibi competit' auf Rechnung der Kompilatoren setzt. Die Kürze der Entscheidung kann nur den Verdacht bestärken. Nach klassischem Recht stand der Valeria auf Grund des gegebenen Tatbestandes keine Klage zu, da sie die actio directa als procurator in rem suam nicht mehr erheben konnte. Es läßt sich nicht sagen, wie der Kaiser seine Entscheidung formuliert haben mag, jedoch läßt sich vermuten, daß er reskribierte, eine Klage stehe der Valeria nicht zu; in Anbetracht des ausführlich gegebenen Tatbestandes hat die kaiserliche Entscheidung vielleicht auch eine Begründung enthalten nebst einem Hinweis, daß wegen Mangel von Erben auch von diesen keine Prozeßvollmacht zu erlangen sei.[5]) Infolge des veränderten Rechtszustandes zur Zeit der Kompilatoren wurde

---

[1]) Sponsio, fidepromissio, fideiussio, S. 167 Anm. 4.

[2]) v. Salpius, Novation und Delegation S. 298.

[3]) Istituzioni p. 389 n. 1.

[4]) Man könnte event. annehmen, daß es ursprünglich gelautet habe: quae ita sunt, nulla actio tibi competit, und daß die Kompilatoren das nulla durch utilis ersetzt haben.

[5]) vgl. Scholion 3 zu Bas. 24, 3, 5; Heimbach Bd. 3 S. 21.

die Entscheidung unrichtig, deshalb gestrichen und durch die Worte: quae ita sunt, utilis actio tibi competit ersetzt.

Eine Konstitution des Kaisers Valerian aus dem Jahre 260 gewährt dem Ehemann die actio utilis zur Geltendmachung von Forderungen, die ihm als dos gegeben sind:

> C. 4, 10, 2. Impp. Valerianus et Gallienus A. A. Celso: Nominibus in dotem datis quamvis nec delegatio praecesserit, nec litis contestatio subsecuta sit, utilem tamen marito actionem ad similitudinem eius qui nomen emerit dari oportere saepe rescriptum est (a. 260).

Während die in C. 4, 10, 1 erwähnte actio utilis nur unter besonderen Voraussetzungen gewährt wird, tritt in dieser Konstitution die actio utilis bereits allgemeiner auf.[1]) Allerdings wird hier die Erteilung der actio utilis nicht davon abhängig gemacht, daß die Bestellung zum procurator in rem suam unmöglich geworden sei, sondern einfach von der Tatsache, daß weder Delegation noch litiscontestatio erfolgt sei. Worauf dieser Mangel beruht, bleibt dabei völlig unberücksichtigt. Die Annahme, daß der alte Standpunkt zugunsten einer allgemeinen Anwendung der actio utilis verlassen sei, kann jedoch aus der zitierten Konstitution nicht nachgewiesen werden, da es nicht sicher ist, ob der Text in seiner ursprünglichen Form überliefert ist. Die konjunktionale Verbindung von Haupt- und Nebensatz durch quamvis — tamen ist unlogisch; denn falls delegatio oder litiscontestatio erfolgt wäre, hätte der Ehemann die actio directa alieno nomine. Durch die Gegenüberstellung von quamvis nec delegatio praecesserit etc. und utilem actionem dari oportere aber wird der Anschein hervorgerufen, als ob der Forderungserwerber die actio utilis der Regel nach auf Grund von Delegation oder Litiskontestation erhalte. Zu einer Lösung des Widerspruchs kommt man auch dann nicht, wenn man wie Bonfante[2]) hier die Worte actio utilis für interpoliert ansieht. Wahrscheinlich

---

[1]) Bähr, Zession, in JheringsJ. Bd. 1 S. 381: „Aber auch hier noch Zweifel in Hinblick auf die klassische Zeit, ob nicht eine delegatio (stipulatio) oder litiscontestatio erfolgt sein müsse, um den Zessionar zum Herrn der Forderung zu machen".

[2]) Istituzioni p. 389 n. 2.

hat ein besonderer Fall vorgelegen, der später von den Kompilatoren gestrichen worden ist, z. B. post mortem uxoris oder ähnliches.[1]) Schon die justinianischen Juristen litten unter diesem Widerspruch. Sie ersetzen delegatio durch *ἐκχώρησις* (Schol. Bas. 24, 3, 6; Heimbach Bd. 3 S. 21), obwohl sie sonst die delegatio von der *ἐκχώρησις* zu scheiden wissen, z. B. Bas. 24, 3, 4.

Aus den beiden Stellen, C. 4, 10, 1 und 4, 10, 2, läßt sich daher für die Entwicklung der actio utilis im 3. Jahrhundert nicht viel entnehmen. Die Verleihung der actio utilis wird unter ganz besonderen Verhältnissen stattgefunden haben, vorherrschend blieb jedoch noch die Übertragung durch Delegation und Litiskontestation, wie es C. 4, 39, 3 und 8, 41 (42) 3 aus dem Jahre 239 erkennen lassen. Zu weit geht Mühlenbruch, wenn er für diese Zeit behauptet, daß der Zessionar die Wahl habe, ob er die actio seines Zedenten sich mandieren lassen oder statt dessen utiliter klagen will. Zur Begründung führt er C. 5, 58, 2 an:

> cum ex causa iudicati satisfacere coeperis, actiones adversus contutores mandari a pupillo desiderabis (vel utili actione uteris). a. 212.

Zunächst ist es sehr bedenklich, diese Stelle auf die Zession beziehen zu wollen. Da der tutor für die übrigen contutores bezahlt hat, kann er gegen sie Regreß nehmen. Zu diesem Zweck muß er sich die Klage des Pupill mandieren lassen. Die Worte vel utili actione uteris sind interpoliert. Die Kompilatoren dachten dabei an eine actio negotiorum gestorum utilis.[2])

---

[1]) vgl. Scholion I zu Bas. 24, 3, 6; Heimbach Bd. 3 S. 21: *ὁ δὲ ἀγοραστὴς καὶ μὴ τελευτήσαντος ἀπόρου τοῦ πράτου δύναται τὴν οὐτιλίαν κινεῖν*". Vielleicht war dem Verfasser des Scholions der ursprüngliche Text von C. 4, 10, 2 bekannt; S. Riccobono, Tracce di Diritto Romano Classico nelle Collezioni Giuridiche Bizantine in Miscellanea di Archeologia, Storia e Filologia dedicata al Prof. Ant. Salinas, Palermo 1907, p. 154. Vgl. auch C. 5, 14, 7: Ein Aszendent hat eine dos konstituiert und deren Rückgabe seiner Deszendentin oder deren Kinder bestimmt, so erhalten diese eine darauf gerichtete actio utilis (D. 24, 3, 45),

[2]) vgl. Bas. 38, 8, 2; Heimbach Bd. 3 S. 785 D. 27, 3, 13; Ulpian: et si forte quis ex facto alterius tutoris condemnatus praestiterit vel ex communi gestu nec ei mandatae sunt actiones, constitutum est a divo Pio et

Auch hier tritt der Fehler der gemeinrechtlichen Lehre, insbesondere der Mühlenbruchs hervor, überall, wo von der actio utilis die Rede ist, eine Zession zugrunde zu legen und eine Sonderbestimmung, die speziell für den tutor gilt, der für die contutores zahlte, allgemein auf die Zession anzuwenden, ganz abgesehen davon, daß der Satz vel utili actione uteris interpoliert ist und daher nicht zum Beweis herangezogen werden darf.

Von den neueren Autoren, die im Gegensatz zu der hier vorgetragenen Ansicht eine schnellere und allgemeinere Entwicklung der actio utilis annehmen, kommt Levy in Betracht. Dieser will mit Rücksicht auf die Worte: „saepe rescriptum est" in C. 4, 10, 2 die Entwicklung der actio utilis im Anschluß an das in D. 2, 14, 16 pr. genannte Reskript schon im Lauf der unmittelbar folgenden Jahrzehnte vor sich gehen lassen.[1]) Er sagt: „Darauf weist nicht nur die in ihrem wesentlichen Inhalt von Bähr zweifellos mit Unrecht verdächtigte Ulpian D. 3, 3, 55 mit ihrem ‚suo nomine utiles actiones habet' so klar wie möglich hin, auch das ‚saepe rescriptum est' der C. 4, 10, 2 spricht deutlich genug, und schließlich werden zur Bestätigung dessen auch die von Bähr in eine Sonderstellung verstoßenen Fragmente Ulp. D. 20, 1, 20, Paul. 13, 7, 18 pr. und C. 8, 16, 4 (a. 225) herangezogen werden müssen, da es vom Standpunkt juristischer Systematik aus nicht begreiflich wäre, wie sich die gar nicht einfach zu konstruierende actio utilis des Pfandgläubigers einer Forderung ausgebildet haben soll, ehe sie der wirkliche Zessionar für sich in Anspruch nehmen durfte".

Diese zuletzt genannte Argumentation wird meines Erachtens hinfällig, wenn man sich nach dem Zweck fragt, den die Erteilung der actio utilis verfolgt. Die actio utilis wurde nach dem vorhandenen Bedürfnis erteilt, nicht aber in Hinblick auf eine systematische Umgestaltung der Forderungsübertragung. Die verpfändete Forderung hatte den Zweck, dem Pfandgläubiger zur Sicherung event. zur Befriedigung zu dienen; dazu mußte

---

ab imperatore nostro et divo patre eius utilem actionem tutori adversus contutorem dandam. Partsch, Studien zur Negotiorum gestio, SitzBer. der Heidelberger Akademie der Wissenschaften Jahrg. 1913 12. Abhandl. S. 43ff.

[1]) Sponsio, Fidepromissio etc. p. 167.

dieser in der Lage sein, die verpfändete Forderung beizutreiben, ohne auf die Bestellung zum procurator in rem suam angewiesen zu sein, wodurch sein Recht gänzlich vom Willen des Verpfänders abhängig geblieben wäre. Erst die gemeinrechtliche Lehre hat hier den Vorgang einer Zession untergelegt, den Römern ist dieser Gedanke nicht gekommen. Der Prätor erteilte die actio utilis nicht nach einem ihm vorschwebenden Zessionssystem, sondern nach dem vorhandenen Bedürfnis. Erst der Abschluß der Entwicklung der actio utilis, d. h. nachdem man überall dort, wo der Inhalt einer obligatio einem Dritten direkt zugute kommen soll, diesem einen selbständigen Anspruch gegen den Schuldner gewährt, war es möglich, die sämtlichen Anwendungsfälle der actio utilis unter einen gemeinsamen Gesichtspunkt, nämlich den der Zession zu bringen.

Ferner stützt Levy seine Ansicht auf D. 3, 3, 55. Bährs Zweifel an der Echtheit dieser Stelle hält er für unberechtigt. Ob sein Argument auf Grund der lex cit. stichhaltig ist, erscheint mir jedoch sehr zweifelhaft. M. E. muß man trotz des vollkommen klassischen Eindrucks eine Interpolation annehmen.

> D. 3, 3, 55. Ulpian libro 65 ad edictum: cognitore (D. procuratore) in rem suam dato praeferendus non est dominos cognitori (D. procuratori) in litem movendam vel pecuniam suscipiendam (qui enim suo nomine utiles actiones habet, rite eas intendit).[1])

Es handelt sich in lex cit. um die Frage, ob der dominus die Möglichkeit hat, die Bestellung des cognitor in rem suam zu widerrufen. Da der dominus vor der litiscontestatio stets die rechtliche Möglichkeit hat, den Prozeß selbst an Stelle des cognitor zu übernehmen, muß die Entscheidung Ulpians: non est praeferendus dominus cognitori befremdend wirken. Vor allem aber erregt der Nachsatz „qui enim suo nomine utiles actiones habet, rite eas intendit“ Bedenken, wenn er, wie hier der Fall, als Begründung dafür dienen soll, daß der dominus seinem cognitor in rem suam nicht zuvorkommen darf. Der cognitor und procurator in rem suam hat lediglich die actio directa des dominus,

---

[1]) Beseler, Beiträge zur Kritik der röm. Rechtsquellen Bd. 2 S. 126.

nie aber die actio utilis. Diese steht vielmehr nur dem Erbschaftskäufer, Forderungskäufer, Pfandnehmer einer solchen zu. Sie entspringt nicht aus der Bestellung zum cognitor oder procurator in rem suam, sondern sie wird in Rücksicht auf das vorliegende Grundgeschäft erteilt. Durch D. 3, 3, 55 wird jedoch der Anschein hervorgerufen, als ob der cognitor in rem suam eine actio utilis suo nomine habe und deswegen gegen den Widerruf des dominus geschützt sei. Für diesen Widerspruch bringt v. Salpius[1]) eine scharfsinnige Erklärung. Er nimmt an, daß der Text dieser Stelle zwar so, wie er vorliegt, von Ulpian stamme, jedoch in Beziehung auf einen besonderen Fall geschrieben sei, für welchen actiones utiles gewährt wurden. Nach seiner Ansicht ist die Stelle auf den Erbschaftsverkauf zu beziehen, und er ergänzt daher: „emtore hereditatis procuratore in rem suam dato". Der erste Satz stellt hiernach eine Ausnahme für den Widerruf des cognitor dar, die durch den Satz qui enim suo nomine ... intendit begründet wird.[2]) Lenel gibt durch die Stellung von lex cit. in seiner Palingenesie zu erkennen, daß er Ulpians Entscheidung auf den bonorum curator bezieht. Zum mindesten sei die Stellung eines curator ähnlich der eines cognitor in rem suam, weshalb Ulpian diesen in libr. 65 D. 3, 3, 55 vergleichend heranzieht.[3])

Bähr dagegen ist geneigt, den Nachsatz als Interpolation anzusehen, und m. E. durchaus mit Recht. Nach seiner Meinung ist die Entscheidung Ulpians so aufzufassen, daß bei „stattgehabter Bestellung eines procurator in rem suam der Schuldner wohltue, wenn er diesem und nicht dem ursprünglichen Gläubiger, welcher ja juristisch noch Herr der Forderung war, die letztere zuwende, damit er nicht zu einem Wortbruch beitrage. So würde der Ausspruch mehr eine Vorschrift der guten Sitte als des Rechts enthalten haben". Die Annahme einer Interpolation ist, wie weiter unten noch dargelegt werden soll, durchaus gerechtfertigt. Den Vordersatz dagegen lediglich als eine Vorschrift der guten Sitte anzusehen, erscheint mir etwas zu weit gegangen.

---

[1]) Novation u. Delegation S. 402.

[2]) Die gleiche Ansicht vertreten Gide, Etudes sur la novation p. 365.

[3]) Edictum p. 350.

Eher dürfte die Ansicht Anklang finden, daß es um einen Rechtsbrauch prätorischer Praxis handelt.

Wie v. Salpius richtig erkannt hat, kann der Nachsatz, der von actiones utiles spricht, nicht auf einen cognitor (oder procurator) in rem suam bezogen werden, da dieser im Prozeß auf die actio directa des dominus angewiesen ist. Und daran ändert sich auch dann nichts, wenn man die lex cit. auf den besonderen Fall des Erbschaftskaufs oder wie Lenel auf den curator bonorum bezieht; denn falls der Erbschaftskäufer sich zum cognitor oder procurator in rem suam hat bestellen lassen und auch als solcher auftritt, muß er alieno nomine, d. h. mit der actio directa des dominus klagen. M. E. handelt es sich hier darum, daß dominus und cognitor in rem suam gleichzeitig auftreten. Weil aber der cognitor sich als in rem suam bestellt erweist, bestimmt Ulpian: praeferendus non est dominus cognitori. Der Nachsatz paßt durchaus nicht in den Zusammenhang, da man vom cognitor in rem suam nicht sagen kann, utiles actiones habet. Verdächtig ist der Plural utiles actiones, der hier völlig grundlos ist. Der Nachsatz gewinnt dadurch den Anschein einer allgemeinen Regel, ebenso durch die allgemeine Fassung: eas rite intendit. Ähnliche Nachsätze, die von den Kompilatoren herrühren, finden sich in verschiedenen Stellen, z. B. C. 4, 15, 5: suo autem nomine utili actione recte utetur; C. 6, 37, 18: utilibus autem suo nomine recte utetur.[1]) Die Ähnlichkeit aller dieser Nachsätze spricht deutlich dafür, daß es sich um Interpolationen handelt.

Einen weiteren Beweis für die Ansicht, daß die actio utilis sich unmittelbar im Anschluß an das Reskript in D. 2, 14, 16 pr. entwickelt haben soll, findet Levy in den Worten saepe rescriptum est der C. 4, 10, 2. Diese Worte weisen auf frühere Reskripte, die sich offenbar auf die Dotalklage bezogen haben und die wie Constitutio 4, 10, 1 sich auf irgendeinen Sonderfall, z. B. Tod des Ehegatten bezogen haben mögen. Ein Beweis für Levys Ansicht läßt sich jedoch aus diesen Worten nicht entnehmen, da, wie bereits oben gezeigt, C. cit. von den Kompila-

[1]) Costa, Corso di Storia del Dir. Rom. II p. 321 Anm. 9.

toren für ihren Rechtszustand entsprechend umgeändert ist. Vielleicht dürfte sich das saepe rescriptum est auch als bloße Übertreibung der Kompilatoren darstellen.[1])

§ 3.

Rechtszustand der actio utilis seit Diokletian.

Unter Diokletian findet sich im wesentlichen derselbe Rechtszustand der actio utilis wie bisher. Die weiter unten zu besprechenden C. 4, 15, 5 und 6, 37, 18, welche nach herrschender Ansicht die actio utilis für den Erwerber einer Forderung an Zahlungsstatt und für den Vermächtnisnehmer einer solchen einführen, sind mit Vorsicht zu behandeln, da die in Frage kommenden Sätze, welche uns von der actio utilis berichten, sich bei genauer Betrachtung als Interpolationen herausstellen dürften.

Viel Schwierigkeiten hat eine andere, infolge ihrer unklaren Fassung zu mancherlei Streitfragen Anlaß gebende Konstitution bereitet. Es ist dies C. 4, 39, 8:

> Impp. Diocletian. et Maxim. Ex nominis emtione dominium rerum obligatarum ad emtorem non transit, sed (vel) in rem suam procuratori facto (vel utilis secundum ea quae pridem constituta sunt) exemplo creditoris persecutio tribuitur.

Es handelt sich hier um den Kauf einer durch Pfand gesicherten Forderung. Nach dem überlieferten Wortlaut der Konstitution kann der Käufer entweder als procurator in rem suam oder utiliter klagen; jedoch entspricht dieses erst dem Rechtszustand zur Zeit Justinians. Ohne Zweifel haben die Kompilatoren den Text der Konstition für ihren Rechtszustand passend gemacht. Die Worte vel utilis . . . constituta sunt sind in die Konstitution interpoliert, denn utilis ohne Hinzufügung von actio kann nur von den Kompilatoren stammen. Auch das vel zwischen sed und in rem suam ist erst später hinzugekommen, um so die Gegenüberstellung von actio directa des procurator in rem suam

---

[1]) So Costa a. a. O. Bd. 2 S. 326 Anm. 9.

und actio utilis deutlich hervorzuheben. Auch Bonfante[1]) vermutet hier mit Recht eine Interpolation. Streicht man die von den Kompilatoren gemachten Interpolationen, so dürfte die Konstitution wohl folgendermaßen gelautet haben:

> Ex nominis emtione dominium rerum obligatarum ad emtorem non transit, sed ei in rem suam procuratori facto exemplo creditoris persecutio tribuitur.

Der Kaiser gesteht hier dem Forderungserwerber zu, daß er die zur Sicherung der Forderung dienenden Pfänder in Anspruch nehmen kann, dagegen gehe nicht das dominium rerum obligatarum auf ihn über. Daß der Kaiser, wenn er von persecutio spricht, nicht die Klage auf Grund der Obligation, sondern auf Grund des dem ursprünglichen Gläubiger zustehenden Pfandrechtes meint, scheint mir vollkommen klar. Welche von diesen beiden Klagen Bähr[2]) meint, ist seinen Worten: „sie (die actio utilis) wird neben der actio mandata nicht allein dem Käufer eines nomen gegeben, sondern usw.“ nicht mit Sicherheit zu entnehmen. Allein aus der Zusammenstellung mit dominium rerum obligatarum geht hervor, daß es sich um diejenige Klage handelt, mit der das Pfand verfolgt werden soll.

Vergegenwärtigen wir uns nochmals den Sinn der C. cit., so ergibt sich folgendes: Jemand hat eine durch Pfand gesicherte Forderung gekauft. Auf seine Frage, ob das dominium rerum obligatarum auf ihn übergehe, entscheidet der Kaiser: nein, vielmehr muß der Erwerber als procurator in rem suam die dingliche Pfandklage seines dominus erheben, um die verpfändeten Gegenstände zu erlangen.

Diese Entscheidung ist schwer zu verstehen, da der Pfandgläubiger nur ein Zugriffsrecht, aber kein Eigentum an der verpfändeten Sache erhält. Die Worte: dominum rerum obligatarum non transit besagen jedoch das Gegenteil, nämlich, daß das Eigentum an den res obligatae, welches der Pfandnehmer habe, nicht auch auf den Erwerber der Forderung übergehe. Man hat vielfach zu beantworten versucht, was unter dem dominium

---

[1]) Istituzioni p. 389 n. 2.

[2]) a. a. O. S. 382.

rerum obligatarum zu verstehen sei. Mühlenbruch[1]) faßt es als Pfandrecht auf, ohne damit dem Wort dominium gerecht werden zu können. Eine andere Auffassung finden wir bei Eisele[2]): „Eine utilis actio ist hier möglich, weil es sich, wie die Worte dominium rerum obligatarum besagen, um fiducia handelt. Es versteht sich von selbst, daß die Klage eine rei vindicatio utilis war". Auch diese Lösung ist nicht befriedigend, da dann der Ausdruck res obligatae nicht zutrifft. Auch gegen die Annahme, daß es sich hier um ein infolge lex commissoria bereits verfallenes Pfand handle, bestehen Bedenken, weil dann trotz des Verfalls das Forderungsrecht fortbestände, D. 46, 3, 44: Marcian. in numerationibus aliquando evenit ut una numeratione duae obligationes tolluntur uno momento: veluti si quis pignus pro debito vendiderit creditori: evenit enim, ut et ex vendito tollatur obligatio et debiti.

Bei den Konstitutionen des Kaisers Diokletians ist zu beachten, daß sie sich auf das oströmische Reich beziehen. Wenn daher der Kaiser wie in C. 4, 39, 8 einen Rechtszustand ausschließen will, so kann dies seinen Grund darin haben, daß er einen fremden Rechtssatz nicht anerkennt. Zieht man nämlich das gräco-ägyptische Recht zum Vergleich heran, so kann man eine ausreichende Erklärung für das dominium rerum obligatarum finden. Dem ägyptischen Pfandrecht ist der Satisfaktionsgedanke eigen, indem die verpfändete Sache als Ersatzleistung gilt, wenn der Schuldner nicht zahlt. Seit Hitzig[3]) ist diese Lehre herrschend geworden. Im Nichtbefriedigungsfall geht das Eigentum auf den Gläubiger über, ohne daß dieser zur Herausgabe der hyperocha verpflichtet gewesen wäre. In sachenrechtlicher Hinsicht kann man deshalb von einem suspensiv-bedingten Eigentum des Pfandgläubigers an der Pfandsache sprechen. Die Hingabe eines Pfandes ist demnach von vornherein als datio in solutum oder suspensiv-bedingte Eigentumsübertragung anzusehen.[4]) Wenn

---

[1]) Zession S. 249.

[2]) Die actio utilis des Zessionars, in ZRG. Bd. 27 S. 70.

[3]) Griechisches Pfandrecht S. 85.

[4]) *ἀντὶ τῶν ὀφειλομένων* oder *ἀντὶ τοῦ κεφαλαίου*; vgl. P. Fior. 1, 7, 81, 12; P. Oxy. III, 485, 21; Hitzig a. a. O. S. 131; ferner Scaevola in

es nun in C. 4, 39, 8 heißt: dominium rerum obligatarum non transit, so soll damit bestimmt werden, daß auf den Erwerber der Forderung nicht das suspensiv-bedingte Eigentum an der Pfandsache übergehen soll. Diese Bestimmung des Kaisers ist daher verständlich, wenn man die bezüglichen Worte auf ein dem römischen Recht unbekanntes Eigentumspfand bezieht.[1]) Der Erwerber der Forderung erwirbt nicht zugleich das Eigentum an der Pfandsache. Vielmehr muß dieser, um das Pfand in Anspruch zu nehmen, nach den allgemeinen Rechtssätzen verfahren und die dem dominus zustehende actio hypothecaria (in rem) als procurator in rem suam alieno nomine erheben, Hermogenian in D. 18, 4, 23 pr. venditor actionis, quam adversus principalem reum habet, omne ius, quod ex causa ei competit tam adversus ipsum reum quam adversus intercessores huius debiti cedere debet, und D. 18, 4, 6. Paulus: emptori etiam pignoris persecutio praestari debet eius quoque quod postea venditor accepit.

Nach der Entscheidung Diokletians erhält der als procurator in rem suam auftretende Forderungserwerber die actio directa zur Verfolgung der Pfandsache; eine actio utilis hat er erst zur Zeit der Kompilatoren.[2])

D. de leg. III, 101 pr., der hier den griechischen Rechtszustand erwähnt, indem er entscheidet: quaesitum ist, an etiam praedia, quae pignori habuit testator, patriae suae reliquisse videatur. respondit secundum ea, quae proponerentur non videri relicta, si modo in proprium patrimonium (quod fere cessante debitore fit) non sint redacta.

[1]) P. Oxy. III, 653; dazu Mitteis-Wilcken, Grundzüge und Chrestomatie Bd. 2, 1 S. 90; Rabel in ZRG. Bd. 28 S. 358.

[2]) Schmid, Zession Bd. 1 S. 248ff. sieht infolge unkritischer Behandlung dieser Stelle einen Beweis für seine eigenartige Theorie, daß die Quelle der actio directa sowie der actio utilis das mandatum agendi sei. Nach dieser Ansicht kann der Zessionar auf Grund des mandatum agendi nach seiner Wahl entweder directe oder utiliter klagen. Eine solche Auffassung läßt nicht nur den historischen Zusammenhang außer acht, sondern auch, daß es sich in prozessualer Beziehung um zwei ganz verschiedene Dinge handelt. Wer mit der actio utilis klagt, ist eben kein procurator. Auch Bechmann hat meines Erachtens in seiner Kritik des Schmidschen Werkes (KrVJSchr. Bd. 10 S. 220ff.) nicht scharf genug auf diese Vermengung von actio utilis und actio directa hingewiesen.

Die beiden anderen oben erwähnten Konstitutionen desselben Kaisers aus dem Jahre 294 betreffen den Erwerb einer Forderung an Zahlungsstatt und durch Vermächtnis.

> C. 4, 15, 5: Impp. Diocletian. et Maxim. In solutum nomine dato non aliter nisi mandatis actionibus ex persona sui debitoris adversus eius debitores creditor experiri potest (suo autem nomine utili actione recte utetur).

Dieser Konstitution wurde bisher der Beweis entnommen für die actio utilis, welche der Kaiser dem Erwerber einer Forderung an Zahlungsstatt gewährt.[1]) Zweifel an der Echtheit des Nachsatzes: suo autem nomine utili actione recte utetur hegt bereits Bähr.[2]) Der mangelnde Zusammenhang zwischen diesem Nachsatz und dem im Vordersatz erörterten Tatbestand spricht entschieden für eine Interpolation. Diese Annahme wird bestärkt durch den künstlichen Gegensatz von suo autem nomine zu ex persona debitoris. Wahrscheinlich ist, um diese Konstitution nicht allzu zusammenhanglos erscheinen zu lassen, das ex persona sui debitoris den mandatis actionibus hinzugefügt worden.[3]) Der ursprüngliche Text mag daher so gelautet haben:

> In solutum nomine dato non aliter nisi mandatis actionibus adversus debitores creditor experiri potest.

Die gleichen Gründe sprechen gegen die Echtheit von C. 6, 37, 18:

> Impp. Diocletian et Maxim. Ex legato nominis actionibus ab his qui successerunt, non mandatis (directas quidem) actiones legatarius habere non potest (utilibus autem suo nomine recte utetur).

Es scheint fast, als ob man systematisch überall dort, wo von actiones mandatae die Rede ist, einen Nachsatz hinzugefügt hätte, der die actio utilis suo nomine der actio mandata gegenüberstellt.[4])

---

[1]) So Mühlenbruch, Zession S. 183; Schmid, Zession Bd. 2 S. 51; Dernburg, ferner Eisele, Die actio utilis des Zessionars S. 67.

[2]) Zession in JheringsJ. Bd. 1 S. 388.

[3]) Bonfante, Istituzioni p. 389 n. 2, hält den Nachsatz für interpoliert; ebenso Ferrini, Pandette p. 559 n. 3 und Costa, Corso del Dir. Rom. II p. 321 n. 9.

[4]) Costa a. a. O. S. 321 Anm. 9: „sono pure alterate dai compilatori le c. Diocletian C. 6, 37, 18; desgl. Bonfante a. a. O. S. 389 Nr. 2. Auch

Unsere Betrachtung derjenigen Quellenstellen, welche sich auf die actio utilis beziehen, führt zu einem wesentlich anderem Ergebnis, als bisher angenommen wurde. Nach Mühlenbruch war der Entwicklungsgang der actio utilis der, daß zunächst die actio utilis des Erbschaftskäufers geschaffen wurde; daran schloß sich die Klage des Pfandgläubigers, C. 8, 17, 4, dann die des Forderungskäufers, C. 4, 39, 7; und schließlich sei die actio utilis auf die in dotem gegebene, legierte und an Zahlungsstatt hingegebene Forderung ausgedehnt worden.[1]) Auch Bähr hat eine ähnliche Ansicht.[2]) In C. 8, 42, 3 ist noch nichts von einer actio utilis zu finden. Drei Jahre später, C. 4, 10, 1 (a. 243), sei die actio utilis allerdings nur unter ganz besonderen Verhältnissen zulässig. Im Jahre 261, C. 4, 10, 2, dagegen trete die actio utilis schon weit entschiedener auf; aber auch hier beständen noch Zweifel in Hinblick auf die klassische Zeit, ob nicht eine delegatio (stipulatio) oder litiscontestatio erfolgt sein müsse, um den Zessionar zum Herrn der Forderung zu machen.

---

hier ist außerdem im Gegensatz zur actio utilis directas interpoliert. Einen ebenfalls interpolierten Nachsatz enthält C. 5, 58, 2: vel utili actione uteris. Die Interpolationen scheinen hier ganz mechanisch vorgenommen zu sein. wie es der beständige Gebrauch des Verbs uti vermuten läßt.

[1]) Der Umstand, daß alle diese Konstitutionen zunächst die actio directa und dann an zweiter Stelle erst die actio utilis erwähnen, hat Mühlenbruch zu folgender Annahme veranlaßt: 1. In C. 4, 10, 1 hat die actio utilis subsidiären Charakter; sie wird dem Kläger vom Prätor gewährt, um das wirkungslos gewordene Mandat zu ersetzen, a. a. O. S. 194. 2. In C. 4, 10, 2, die zwanzig Jahre später ergangen ist, hat sich die actio utilis bereits zu einer allgemeineren Anwendung entwickelt, während in C. eod. 1 der Umstand, daß das erloschene Mandat nicht erneut werden kann (sine herede) den Kaiser zur Verleihung der actio utilis veranlaßt, wird in C. eod. 2 die Erteilung der actio utilis davon abhängig gemacht, daß weder Delegation noch Mandat erfolgt ist; worauf dieser Mangel beruht, wird nicht erörtert. 3. C. 4, 15, 5 und 6, 37, 18 lassen erkennen, daß in der Theorie zwar noch die actio directa ihren prinzipalen Charakter bewahrt hat; in der Praxis jedoch steht die actio utilis völlig gleichberechtigt neben ihr, um schließlich ganz an die Stelle der actio mandata zu treten. So scharfsinnig auch diese Ausführungen sind, sie fallen mit der Tatsache, daß alle Stellen, die Mühlenbruch zum Beweise dienen, interpoliert sind.

[2]) Zession, in JheringsJ. Bd. 1 S. 381ff.

Alle diese Quellenstellen, aus denen eine solche Entwicklung der actio utilis hervorgehen soll, haben sich als interpoliert erwiesen. Es sind dies C. 4, 39, 7, 4, 10. 1; —→ C. 4, 10, 2 kann sich möglicherweise auf die actio utilis bezogen haben; es ist dann aber als sicher anzunehmen, daß sich diese Konstitution auf einen besonderen, nachträglich von den Kompilatoren gestrichenen Tatbestand bezogen hat. In den übrigen Stellen, C. 4, 39, 8, 4, 15, 5 und 6, 37, 18, hatte sich die actio utilis ebenfalls als Interpolation erwiesen. Die von den oben genannten Schriftstellern aufgestellte Theorie über den Entwicklungsgang der actio utilis ist daher hinfällig. Es ist vielmehr wahrscheinlich, daß, abgesehen von dem Falle des Erbschaftskäufers und des Pfandnehmers einer Forderung sowie vielleicht auch von der dos in C. 4, 10, 2, sämtliche übrigen actiones utiles ebenso wie bei der Schenkung erst von Justinian geschaffen wurden.[1])

Mit Erlaß der C. 8, 53 (54) 33 aus dem Jahre 528 erhielt der Schenknehmer einer Forderung die actio utilis. Bis dahin war er auf die Rechte des procurator in rem suam angewiesen. Er erhielt durch den Schenkungsvertrag keine Klage, sondern mußte sich zum procurator in rem suam bestellen lassen, um dann mit Vollziehung der litiscontestatio die Forderung zu erwerben: fr. Vat. § 260: filius . . . debitores convenire non potest, neque lites peculiares prosequi, si non sit in rem suam cognitor datus aut nominum delegationes intervenerunt.

Papinian berichtet hier von der Schenkung des peculium an den filius emancipatus. Die Schenkung ist dadurch zustande gekommen, daß der Vater ihm das peculium nicht entzogen hat. Während Papinian in bezug auf die Sachen seine Entscheidung trifft: res quidem pro donato vel pro suo . . . usucapit, fährt er in bezug auf die Forderungen fort: sed debitores convenire non potest neque lites peculiares prosequi. Dazu bedarf er vielmehr der Bestellung zum cognitor in rem suam. Zu derselben Entscheidung kommt Diokletian in C. 8, 53 (54), 11: delegationes nominum in emancipatum collatae donationem faciunt (a. 293).

[1]) Unter den Modernen scheint Bonfante eine ähnliche Ansicht zu haben, Istituzioni § 119.

Dieser Standpunkt war maßgebend bis zu Justinian. Erst mit der C. 8, 53 (54) 33 war auch für den lukrativen Erwerb von Forderungen eine actio utilis anerkannt. Da erst Justinian diese actio utilis eingeführt hat, so liegt die Vermutung nahe, daß auch die meisten übrigen actiones utiles von ihm herrühren. Es spricht für diese Vermutung der Umstand, daß sich in den meisten Konstitutionen, welche hierfür in Betracht kommen, die actio utilis als interpoliert erwiesen hat. Und noch ein weiterer Umstand spricht dafür; nämlich alle diese Konstitutionen erwähnen zunächst die actio mandata des procurator in rem suam. Bis in die Zeit Justinians ist daher diese Art, Forderungen zu übertragen, gebräuchlich gewesen. Dies ist nur einfach zu erklären, wenn man annimmt, daß die actio utilis noch eine Neuerung war, die sich erst allmählich eingebürgert hat. Sieht man daher von den bereits oben erwähnten Ausnahmen der actio utilis des Erbschaftskäufers, des Pfandnehmers und von dem besonderen Fall bei der Dotalklage ab, so ergibt sich, daß Justinian wie bei der Schenkung so auch in den übrigen Fällen die actio utilis schuf.

Damit hatte nun jeder Forderungserwerber die Möglichkeit, utiliter zu klagen, gleichgültig auf Grund welchen Titels die Forderungsübertragung stattgefunden hatte. Sicherlich darf man annehmen, daß die actio utilis für jeden einzelnen Anwendungsfall besonders geschaffen wurde, und so hat sie sich unter Justinian sämtlicher Gebiete, auf denen eine Forderungsübertragung stattfindet, bemächtigt, so daß man von da ab füglich von der „actio utilis des Zessionars“ reden kann. Jedoch darf man bei dieser Terminologie nicht außer acht lassen, daß sie keine Klage des Zessionars schlechthin ist, sondern nach römischer Auffassung die actio utilis des Erbschaftskäufers, des Forderungskäufers, des Pfandnehmers einer Forderung usw. Der allen diesen Anwendungsfällen gemeinsame übergeordnete Gesichtspunkt ist für uns der Zessionsbegriff. Auch den Römern war dieser Gedanke nicht fremd geblieben; deutlich tritt er bei den byzantinischen Juristen hervor.[1]) Jedoch fehlt es an einer klaren Ausgestaltung des-

[1]) Daß ihnen die wirkliche Zession bekannt war, zeigt Bas. 24, 3, 4.

selben. Es geht dies hervor aus der Art, wie in den Quellen die Zession behandelt wird; eine einheitliche Darstellung der für die Forderungsübertragung wichtigen Normen ist nirgends zu finden. Statt der übergeordneten, abstrakten Zession behandeln sie nur deren Anwendungsfälle, und zwar stets in Verbindung mit dem zugrunde liegenden, kausalen Rechtsgeschäft. So kommt es, daß wir die Bestimmungen über die actio utilis an den verschiedensten Stellen verstreut finden.

Heimbach Bd. 3 S. 21. Für den Zessionsbegriff vgl. Bas. 38, 18, 2; Heimbach Bd. 3 S. 785: . . . „*κατὰ τῶν συνεπιτρόπων ἀγωγάς, ἤτοι δύναται καὶ χωρὶς ἐκχωρήσεως τὴν ὡρισμένην κινῆσαι*“.

Zweites Kapitel.

Die Form der actio utilis des Zessionars.

§ 4.

Allgemeines.

Aus dem bisher Behandelten folgt, daß zwischen actio mandata des cognitor oder procurator in rem suam und der actio utilis des Zessionars ein materieller Unterschied besteht, der sowohl in der Art und Weise der Entstehung beider Klagen, als auch in der Verschiedenartigkeit des agere (nämlich alieno und suo nomine) zum Ausdruck kommt. Dieser Gegensatz von agere alieno nomine und agere suo nomine hat bewirkt, daß nach weitverbreiteter Ansicht aus diesem materiellen Gegensatz ein formeller in Beziehung auf die formula von actio mandata des procurator in rem suam und actio utilis gefolgert wurde. Es ist eine vielumstrittene Frage, mit welchen Mitteln der Prätor die actio utilis schuf. Da eine direkte Antwort aus den Quellen nicht zu entnehmen ist, müssen wir versuchen, mit den wenigen Anhaltspunkten, die uns überliefert sind, einer Lösung der Frage nahezukommen. Aber gerade aus dem Umstande, daß in den Quellen nichts von einer besonderen Einrichtung der actio utilis zu finden ist, kann man entnehmen, daß diese durch keine besonderen, sondern durch die gewöhnlichen Mittel vom Prätor gebildet wurde. Aus diesem Grunde darf man wohl ohne weiteres die Annahme zurückweisen, daß es sich hier um eine uns unbekannte und spurlos verschwundene actio gehandelt habe, wie Bekker es andeutet.[1])

Da die actio utilis eine eigene und selbständige Klage des Zessionars ist, muß dieser unabhängig vom Willen des Zedenten

[1]) Die Aktionen des römischen Privatrechts Bd. 2 S. 111.

klagen können. Ferner muß die Verurteilung des Schuldners auf dieselbe Leistung erfolgen, als wenn der Zedent geklagt hätte. Es ist klar, daß die Formel, um diesen Zweck zu erreichen, eine bestimmte Fassung gehabt haben muß, durch die sie sich wesentlich von der actio directa des Zedenten unterschied. Unsere Aufgabe wird es sein, zu prüfen, welche Art von Formeln den an die actio utilis zu stellenden Anforderungen genügt und zugleich als die wahrscheinlichste in Betracht kommt. Viele Autoren haben — und die Versuchung dazu ist auch sehr groß — die actio utilis in einen formellen Gegensatz zur actio mandata des procurator in rem suam gestellt und auf Grund dieses Gegensatzes ihre Untersuchungen über die Formel der actio utilis des Zessionars angestellt. Daß dadurch das zu untersuchende Gebiet in beträchtlicher Weise verkleinert wird, fällt kaum so sehr ins Gewicht, als daß ein keineswegs von ihnen bewiesener formeller Gegensatz zur Tatsache gemacht wird. Verursacht worden ist dieser Fehler durch den Sprachgebrauch der Quellen, die das agere alieno nomine dem agere suo nomine gegenüberstellen. Da es jedoch lediglich eine Frage des materiellen Rechts ist, ob der Erwerber einer Forderung utiliter klagen kann, oder ob er sich zum procurator in rem suam bestellen lassen muß, so darf man nicht ohne weiteres von der Annahme ausgehen, daß dieser in materiellrechtlicher Beziehung bestehende Unterschied auch zugleich auf die Formelkonzipierung gewirkt hat. Im folgenden sollen zunächst die verschiedenen Ansichten über die Form der actio utilis genannt und auf ihre Richtigkeit geprüft werden.

§ 5.

Darlegung der verschiedenen Ansichten über die formula der actio utilis des Zessionars.

Im Gegensatz zur actio mandata des procurator in rem suam ist die actio utilis des Zessionars eine eigene und selbständige Klage. Die Selbständigkeit zeigt sie darin, daß sie unabhängig vom Willen des Zedenten ist. Ihr Entstehungsgrund ist der Zessionsvertrag. Kein Widerspruch gegen ihre Selb-

ständigkeit ist, daß sie denselben materiellen Inhalt wie die actio directa des Zedenten hat und sich an diese anlehnt; dies rührt einfach daher, daß beide Klagen inhaltlich durch die zwischen Schuldner und Zedenten bestehende obligatio bestimmt werden. Aus dieser materiellen Abhängigkeit der actio utilis zur obligatio ergibt sich, daß diese Beziehung in der formula in irgendwelcher Weise zum Ausdruck kommen muß. Nach herrschender Ansicht hat der Prätor zwei Mittel, um dies zu erreichen: actio ficticia und actio in factum concepta.

Den meisten Anklang hat die Annahme einer Fiktion in der Literatur gefunden, mit der der Prätor das Klagformular des Zedenten für den Zessionar anwendbar machte.[1]) Von den zahlreichen vorgeschlagenen Fiktionen fingieren sonderbarerweise mit nur wenigen Ausnahmen fast alle einen Rechtsakt, obgleich den Römern eine solche Fiktion ungebräuchlich, wenn nicht gar unbekannt war. Anstatt zu sagen, der Universalfideikommissar, dem die Erbschaft vom Erben restituiert ist, kann nunmehr sämtliche Forderungen des Erben geltend machen, heißt es, es soll so angesehen werden, als ob er Erbe wäre, si heres esset. Die Römer pflegen, um Wirkungen, die eine gewisse Tatsache hat, entweder herbeizuführen oder auszuschließen, die in Betracht kommende Tatsache als vorhanden oder als nicht vorhanden zu fingieren: z. B. si heres esset, si cives Romanus esset. Dagegen begegnet uns in den Quellen keine Fiktion eines Rechtsgeschäftes, z. B. wie die von Eisele vorgeschlagene Fiktion si delegavisset. Die Fiktionen si capite deminutus non esset und si anno possedisset lassen sich nicht als Gegenargument anführen; denn in keiner wird ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, wie es die delegatio ist, fingiert. Es liegen auch hier nur Fiktionen von Tatsachen vor, die Rechtswirkungen zur Folge haben.[2])

---

[1]) Diese Ansicht, daß der Zessionar ein Klagformular erhält, das dem des Zedenten nachgebildet ist, mag mit zu der Anschauung beigetragen haben, daß der Zessionar ein fremdes Klagrecht zur eigenen Ausübung erhalte.

[2]) And. A. Windscheid-Kipp, Pand. Bd. 1 S. 307 Anm. 5. Die vom Prätor hier verwendeten Fiktionen sind nach gemeinrechtlicher Theorie

Neben der Annahme einer actio ficticia kommt noch die einer actio in factum in Betracht. Die letztere Ansicht stützt sich auf D. 13, 7, 13 pr. Es ist jedoch reine Willkür, diese hier genannte actio auf die Zession zu beziehen. Außerdem gehört sie nicht zum klassischen Text, sondern ist, wie bereits Anton Faber[1]) erkannt hat, interpoliert.[2]) Die Behauptung

---

sogen. historische Fiktionen: durch die Fiktion wird ein Rechtssatz auf einen ihm sonst nicht unterstehenden Tatbestand ausgedehnt. Den Gegensatz bilden die sogen. dogmatischen Fiktionen, z. B. nasciturus pro iam nato habetur, hier sollen zahlreiche Sätze, die sonst nur für Lebende gelten, auf den nasciturus Anwendung finden; vgl. Jhering, Geist des römischen Rechts Bd. 3 §§ 58ff.

[1]) J. C. Antonii Fabri, Rationalia in tertiam partem Pandectarum III p. 674 n. a: est igitur hic versiculus: ‚sed et ipse debitor aut vindicare rem poterit aut in factum actio ne contra emptorem agere' totus a Triboniano additus.

[2]) D. 13, 7, 13 pr. Ulpian: si cum venderet creditor pignus convenerit inter ipsum et emptorem, ut, si solverit debitor pecuniam pretii emptori, liceret ei recipere rem suam, scripsit Julianus et est rescriptum ob hanc conventionem pigneraticiis actionibus teneri creditorem, ut debitori mandet ex vendito actionem adversus emptorem (sed et ipse debitor aut vindicare rem poterit aut in factum actione adversus emptorem agere). Der Pfandgläubiger hat die verpfändete Sache verkauft, und zwar unter Vorbehalt eines Rückkaufsrechts für den Verpfänder: si solverit debitor pecuniam pretii emptori, liceret ei recipere rem suam. Nach Julians Entscheidung tritt mit Zahlung der Schuld keine dingliche Wirkung ein; da nicht einmal eine Frist ausgemacht ist, innerhalb deren die Einlösung erfolgen muß, würde eine solche Wirkung für die Verkehrssicherheit bedenklich sein. Der Verpfänder hat daher nur einen obligatorischen Anspruch auf Rückgabe der verkauften Pfandsache, und zwar die actio venditi des Verkäufers, die er als cognitor oder procurator in rem suam erheben muß. Der Nachsatz: sed et ipse — emptorem agere ist nachträglich interpoliert; denn der vorhergehende Text sagt ebenso wie D. 20, 5, 7, 1 aus, daß von einer dinglichen Wirkung hier nicht die Rede sein soll. Vgl. Eisele, Beitr. zur Erkenntnis der Digesteninterpolationen, in ZRG. Bd. 13 S. 125. Auch muß die Fülle von Rechtsmitteln zur Realisierung des Einlösungsrechts, nämlich actio mandata, rei vindicatio und actio in factum, Bedenken erregen. Nicht ganz so entschieden wie Eisele spricht sich Mitteis für die Annahme einer Interpolation aus: „Was demselben (d. h. dem Satz sed et ipse — emptorem agere) noch einigermaßen den Anschein der Echtheit verschafft, ist, daß von zwei direkten Klagen gesprochen wird: rei vindicatio und actio in factum". Die Duplizität der Klagen erklärt er in Rücksicht auf die Eigen-

Vangerows,[1]) daß die actio utilis des Zessionars keine actio ficticia, sondern nur eine actio in factum gewesen sei, läßt sich nicht halten.

Von den Schriftstellern, welche der actio utilis eine formula ficticia geben, nimmt Mühlenbruch die Fiktion des mandatum agendi an, jedoch ohne die Beschränkungen, die dem mandatum anhaften. Diese Mandatsfiktion kommt nicht in der Formel zum Ausdruck, sondern dient dem Prätor nur als Motiv, die Formel zu erteilen. „Eine jede mit Bestimmtheit erkennbare und sonst nur gültige Erklärung, seine Forderung auf einen anderen übertragen zu wollen, erzeugt für diesen die nämliche Rechtswirkung, welche früher nur eine Folge des Mandats ... hätte sein können".[2]) Was Mühlenbruch fingiert, ist, daß jede erkennbare Übertragungserklärung als ein mandatum agendi anzusehen sei. Der Erfolg dieser Unterstellung ist, daß der Zessionar ebenso wie der cognitor oder procurator in rem suam ein fremdes Klagrecht erhält. „Mag der Zessionar directe oder utiliter klagen, in beiden Fällen ist es das Klagrecht eines Dritten, das er für sich geltend macht."[3]) Eine solche Ansicht steht mit dem Wesen der actio utilis in unvereinbarem Widerspruch. Mühlenbruchs Argument steht und fällt daher mit der Unmöglichkeit, seine Denk-

---

schaft der Pfandsachen als res mancipi oder nec mancipi. Falls die Pfandsache eine res mancipi war, kam durch den Pfandverkauf kein quiritarisches Eigentum beim Erwerber zustande. Hier konnte demnach der Verpfänder die rei vindicatio erheben. Handelte es sich dagegen um eine res nec mancipi, so wurde durch den Pfandverkauf ziviles Eigentum übertragen, hier „könne Ulpian in besonderer Freiheit eine dekretale dingliche Klage vorgeschlagen haben". Mitteis, Röm. PrivR. S. 189 u. 203 Anm. 16. Sicherlich eine sehr feinsinnige Lösung, doch ist, wie Mitteis selbst sagt, alles hier zweifelhaft. Wenn jedoch der fragliche Satz wirklich echt wäre, was soll dann noch die actio venditi mandata? Man wird deshalb nicht fehlgehen, wenn man sich für die Interpolation entschließt. Auf einen kleinen, jedoch zu beachtenden Umstand weist Eisele hin, wenn er das et vor ipse debitor als verräterisch bezeichnet; denn da die pigneraticiae actiones, ebenso wie die actio mandata überhaupt nur vom debitor angestellt werden, hat das et keinen Sinn.

[1]) Pand. Bd. 3 S. 102.

[2]) Zession S. 199.

[3]) Mühlenbruch a. a. O. S. 181.

form in Einklang zu bringen mit der actio utilis des Zessionars. Der Zessionar macht lediglich sein eigenes Recht geltend; es wäre sonst nicht zu verstehen, wie die Quellen das agere suo nomine dem agere ex persona creditoris gegenüberstellen könnten.

Der Irrtum Mühlenbruchs liegt darin, daß er sich ein selbständiges Klagrecht des Zessionars nicht denken kann, ohne daß auf diesen zugleich auch die obligatio übergehe. Hier Klarheit und den Nachweis geschaffen zu haben, daß die actio utilis das Forderungsrecht des Zessionars ist, und daß die obligatio nur so weit in Betracht komme, als es erforderlich ist, um den Inhalt der actio zu bestimmen, ist das Verdienst Windscheids.[1])

Von den weiteren Schriftstellern, die die Annahme einer formula ficticia teilen, kommen in Betracht Brinz[2]): „Denkt man an Fiktion, so ist auch die, daß der Prinzipal (dominus, Mündel) selbst kontrahiert habe, möglich. Nur in den wenigen Fällen, in denen diese utilis actio außer der Vertretung vorkommt, wäre eine andere Fiktion als die der Zession kaum denkbar". Somit kommt für Brinz für die Fälle gesetzlicher Zession die Fiktion zur Anwendung, daß das Rechtsgeschäft, welches die zedierte Forderung begründet, vom Zessionar vorgenommen sei.

Windscheid verwirft zwar die Annahme einer Zession, vor allem die von Mühlenbruch vorgeschlagene Mandatsfiktion. Wenn überhaupt eine Fiktion in Frage kommen könnte, so ist es für ihn nur die, daß der Zessionar Gläubiger sei. „Von dem Zessionar heißt es, daß ihm eine utilis actio exemplo creditoris gegeben werde (C. 4, 39, 8). Soll hier eine Fiktion stattfinden, so kann sie nur darauf gehen, daß der Zessionar creditor sei."[3]) Zweifellos bestehen gegen diese Fiktion „si creditor esset" schwere Bedenken, da ihre Fassung viel zu allgemein gehalten ist. Sie würde sogar zu unrichtigen Ergebnissen geführt haben, nämlich in den Fällen, in denen der Zedent kein

[1]) Actio S. 134.

[2]) Pand. Bd. 2 Abt. 1 S. 398 Anm. 21.

[3]) Actio S. 131.

Gläubiger oder nicht mehr Gläubiger war. Denn falls jemand eine ihm nicht zustehende Forderung (oder eine überhaupt nicht vorhandene) zedierte, so hätte bei Windscheids Rekonstruktion der Zessionar im Widerspruch zu dem Satze: nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet, seine Klage mit Erfolg anstrengen können, da er als creditor fingiert wurde.

Erneut vertreten wurde die Ansicht einer Fiktion von Eisele,[1]) welcher ebenso wie v. Salpius[2]) im Gegensatz zur herrschenden Meinung eine Singularsukzession in das Forderungsrecht des Zedenten annimmt. Erreicht wurde dieser Erfolg nach Eisele durch Fingierung einer titulierten Aktivdelegation. In seiner Beweisführung geht er aus von Gai II, 39 in Verb. mit II, 36. Die Fiktion muß „den Zessionar als denjenigen erscheinen lassen, dem der Beklagte schuldet".[3]) Als einzige Möglichkeit, dies zu erreichen, kommt nach seiner Ansicht die Fiktion einer Aktivdelegation in Betracht. Die formula konstruiert er folgendermaßen:

> „Si Titius Numerium Aulo delegavisset" oder „quod Titius hominem Stichum vendidit, quidquid ob eam rem si Titius Numerium Aulo delegavisset, Numerium Aulo dare facere oporteret".

Ein Bedenken, daß man dieser Forderung entgegenhalten könnte — ganz abgesehen, daß die Fiktion eines zweiseitigen Rechtsgeschäftes sonst ohne Beispiel in den Quellen ist —, suchte man aus der novierenden Wirkung der Delegation durch Stipulation zu folgern. Diese Bedenken sind auch gegen die Eiselesche Rekonstruktion der actio utilis von mehreren Seiten erhoben worden.[4]) Daß mit ihr ein Verlust der Akzessionen verknüpft gewesen sei, sucht Eisele dadurch zu widerlegen, daß er jede Wirkung der Fiktion über den Prozeß und die in ihm zu entscheidende Frage hinaus verneint.[5])

---

[1]) Die actio utilis des Zessionars, in Festschr. für Planck S. 8 ff. und ZRG. Bd. 27 S. 46 ff.

[2]) Novation und Delegation S. 345 ff.

[3]) ZRG. Bd. 27 S. 53.

[4]) vgl. seine Polemik gegen diese Bedenken in ZRG. Bd. 27 S. 46 ff.

[5]) ZRG. Bd. 27 S. 58.

Diese Ansicht dürfte auch für richtig zu halten sein. Aber eine andere Einwendung gegen die von ihm vorgeschlagene Formel läßt sich erheben (wie Partsch hierzu bemerkt); nämlich die Fiktion der Delegation muß jedenfalls ausschließen, daß der Zessionar gegen den Bürgen des Hauptschuldners klagte.[1])

Ein weiterer Umstand, der bei der von Eisele vorgeschlagenen Formel zu beachten bleibt, ist, daß die Entscheidung über die Aktivlegitimation des Zessionars dem iudex überlassen ist; aus diesem Grunde allein die Richtigkeit seiner Fiktion anzweifeln zu wollen, ist in Hinblick auf die lex Rubria, wo ebenfalls die Prüfung des durch die Fiktion gewährten Tatbestandes dem iudex oblag, nicht angängig.

Der Fehler dieser Schriftsteller liegt darin, daß sie eine gemeinsame Fiktion für alle actiones utiles annehmen, die sowohl für die Klage des Erbschaftskäufers als auch für die des Legatars, Forderungskäufers usw. anwendbar sei. Mit einem Wort: es wird eine Fiktion verlangt, durch die jede actio directa in eine actio utilis umgewandelt werden kann. Eine solche Generalfiktion hat es ebensowenig wie eine zusammenhängende Darstellung der Zession als solche gegeben; es folgt dieses schon aus der Unwahrscheinlichkeit, daß der Prätor bei der Schaffung der actio utilis für den Erbschaftskäufer die Fiktion in Rücksicht auf spätere actiones utiles konstruiert haben soll. Wenn überhaupt eine actio ficticia als actio utilis in Betracht kommt, dann war es sicherlich das Nächstliegende, daß der Prätor zu einer solchen Fiktion griff, die für das in Frage kommende zedierte Forderungsrecht die geeignetste war, z. B. „si heres esset", „si ipse emisset". Eine Fiktion in Rücksicht auf spätere Anwendungsfälle der actio utilis zu schaffen, war unmöglich, da diese noch nicht vorausgesehen werden konnten.

Sicherlich stimmt eine solche Fiktion, wie z. B. si heres esset, mit den in den Quellen enthaltenen Vorbildern überein, während die Fiktionen wie si creditor esset, si delegavisset durchaus dem römischen Wesen widersprechen und nicht ein-

---

[1]) Ferrini, Pand. p. 597 und Enciclopedia giurid. italiana XII p 508 sq.; vgl. die Formel bei Gai IV, 137.

mal das gewollte Ziel erreichen.[1]) Nach der Rekonstruktion von Lenel hat die Formel des bonorum possessor folgendermaßen gelautet:

> Si Aulus Agerius L. Titio heres esset, tum si eum fundum de quo agitur ex J. Qu. eius esse oporteret si is fundus arbitratu tuo Aulo Agerio non restituetur quanti ea res erit et rell.[2])

Desgleichen nimmt Ferrini eine solche Fiktion wie bei der Klage des bonorum emptor, bonorum possessor, Fideikommissars an.[3]) Abgesehen von der Frage, ob die actio utilis des Zessionars eine actio ficticia war oder nicht, muß man diesen letzthin genannten Fiktionen zugeben, daß sie mit dem Wesen der actio utilis in Einklang stehen. Die Fiktion spricht nicht von einem rechtsgeschäftlichen Akt. In der Formel ist die intentio der actio utilis des Erbschaftskäufers auf die Person des Verkäufers abgestellt; dadurch wird der Zusammenhang mit der zwischen Erbschaftsverkäufer und Schuldner bestehenden obligatio erhalten. Die entgegengesetzte Ansicht, daß der Zessionar die intentio aus seiner Person und nicht aus der des Zedenten nehme, daß er einklage nicht quod illi, sondern quod sibi debetur

---

[1]) Ganz unmöglich ist die von Schmid (Zession Bd. 1 S. 14) konstruierte Formel: Si Publius Maevius (der Zessionar) dominus actionis esset, tum si pareret Numerium Negidium Publio Maevio X dare oportere, iudex Numerium Negidium Publio Maevio X condemna, s. n. p. a., und zwar in äußerer wie in innerer Beziehung; denn einmal ist die Formel unvollständig, die Fiktion sie dominus actionis esset besagt nicht, um wessen actio es sich hier handelt, zweitens liegt ein logischer Widerspruch vor; weil Publius Maevius die Klage hat, soll der Richter prüfen, ob N. N. etwas schulde. Danach hat es den Anschein, als ob die Klage die Voraussetzung der Schuld ist, während doch gerade das Umgekehrte der Fall ist, nämlich, weil der Gläubiger ein Forderungsrecht hat, deswegen hat er eine actio. Vgl. Bechmann in KrVJSchr. Bd. 10 S. 203.

[2]) Lenel, Edictum perp. Bd. 2 S. 178.

[3]) Enciclopedia giurid. italiana XII p. 505—559. — Lenel hatte ursprünglich die Klage des Universalfideikommissars als actio mit Subjektsumstellung aufgefaßt; erst nachdem Ferrini aus J. II, 23 die fiktizische Fassung dieser Klage nachwies, nahm Lenel die Fiktion si heres esset an. Desgl. Karlowa, Rechtsgeschichte Bd. 2 S. 90 und Padelleti, Römische Rechtsgeschichte S. 328.

ist früher von Windscheid aufgestellt worden,[1]) später aber von ihm in der oben dargelegten Meinung geändert. Erneut vertreten findet sich die Ansicht, daß intentio und condemnatio auf den Namen des Zessionars lauten, bei Schmid.[2])

§ 6.

Die Form der actio utilis des Zessionars.

Die häufig in den Quellen vorkommende Gegenüberstellung des agere alieno nomine des procurator in rem suam und des agere suo nomine des Zessionars hat bei verschiedenen Autoren die im vorigen Paragraphen erwähnten Ansichten hervorgerufen, daß sich die actio mandata und die actio utilis notwendigerweise in formeller Hinsicht unterscheiden müssen, so daß durch die formula zum Ausdruck komme, ob jemand alieno oder suo nomine klage. Zunächst ist scharf zu betonen, daß die Frage, ob jemand utiliter klage oder nicht, durchaus dem materiellen Recht angehört. Der Grund für das alieno nomine agere ist die Bestellung zum cognitor oder procurator in rem suam, während der Grund für das utiliter agere suo nomine die positiven Bestimmungen des Kaiserrechts sind. Wann das eine oder das andere der Fall ist, entscheidet das materielle Recht, und Entscheidungen, ob jemand utiliter zu klagen berechtigt ist, haben mit der Formelkonzipierung zunächst nichts zu tun. Um einer befriedigenden Beantwortung unserer Frage nach der Form der actio utilis näher treten zu können, müssen wir vorerst untersuchen, was unter dem Ausdruck actio utilis und agere alieno und suo nomine zu verstehen ist.

Utilis im technischen Sinne ist jede Klage, die eine Ausdehnung der für einen bestimmten Tatbestand bestehenden actio auf einen wesensgleichen Fall bildet. So überträgt z. B. die actio publiciana in rem im Wesen den Schutz, den der Eigentümer durch die rei vindicatio hat, auf den Nichteigentümer, sie

---

[1]) Münchener kritische Überschau Bd. 1 S. 42.

[2]) Zession § 3.

ist daher eine actio utilis.[1]) Um nun die Wirksamkeit einer Klage auszudehnen auf solche wesensgleiche Tatbestände, die ihr eigentlich nicht unterstehen, hat der Prätor verschiedene Mittel. Es können entweder die mangelnden Voraussetzungen als vorhanden fingiert werden: si anno possedisset, si heres esset, oder der Prätor kann den vom iudex zu untersuchenden Tatbestand genau in der Formel darstellen, indem er den Kondemnationsbefehl von dem Vorhandensein derselben abhängig macht (actio in factum): Schließlich besteht die Möglichkeit, daß der Prätor einfach durch Subjektsumstellung die actio directa des Zedenten für den Zessionar anwendbar macht (formula mit Subjektsumstellung für den Kläger). Aus unserer bisherigen Untersuchung hat sich ergeben, daß die actio utilis des Zessionars im wesentlichen erst durch Justinian geschaffen worden ist. Sie fällt demnach in eine Zeit, in der die formellen Umwege, wie Fiktion, actio in factum, nicht mehr lebendiges Prozeßrecht waren wie im prätorischen Recht. Es ist auch immerhin zu beachten, daß die Basiliken die actio utilis meinen, wenn sie von der Klage des Zessionars ex persona creditoris sprechen. Die Möglichkeit, daß die actio utilis ebenfalls eine Klage mit Subjektsumstellung wie die des cognitor oder procurator in rem suam war, ist demnach nicht unwahrscheinlich. Diese Annahme läßt sich, wie im folgenden geschehen soll, sehr wohl mit dem Satz in Einklang bringen, daß der procurator in rem suam alieno nomine, der Zessionar jedoch suo nomine klage.

Dieser Gegensatz von agere alieno und suo nomine hat, wie bereits mehrfach erwähnt, die bisherige Lehre zu der Ansicht veranlaßt, daß der Zessionar seinem eigenen Klagrecht zufolge auch eine ihm eigentümliche formula haben müsse, während der cognitor und procurator in rem suam, der lediglich die actio seines dominus geltend mache, mit dessen Klagformular auftrete. Jedoch ist ein Schluß aus dieser Gegenüberstellung auf die Formelkonzipierung nicht gerechtfertigt. Es ist m. E. sogar falsch, wenn man daraus, daß jemand alieno oder suo nomine

[1]) Die bereits bestehende Klagformel wird in subjektiver Hinsicht ausgedehnt.

klagt, einen solchen Schluß ziehen will.[1]) Die Frage, ob jemand, der eine fremde Forderung geltend macht, als cognitor auftreten muß, oder ob er utiliter suo nomine als Zessionar klagen kann, ist durchaus verschieden von der Frage, wie in diesen Fällen die Klagformel zu fassen sei. Der Ausdruck alieno nomine und suo nomine agere bezieht sich überhaupt nicht auf die formula. Es ist daher nicht angängig, einen Gegensatz zwischen der actio mandata und der actio utilis aus diesen Ausdrücken zu begründen. Um zu verstehen, was die Quellen mit dem agere alieno und suo nomine sagen wollen, ist zu beachten, daß agere im technischen Sinne die Litiskontestationshandlung des Klägers bedeutet.[2]) Damit erklären sich auch die Ausdrücke agere alieno und suo nomine; letzteres bedeutet nämlich, daß der Zessionar die Litiskontestationshandlung nicht als cognitor oder procurator vornimmt, sondern kraft eigenem Recht mit dem Gegner litem kontestiert. Alieno und suo nomine agere bezieht sich daher nur auf die litiscontestatio des Prozesses. Der utiliter klagende Zessionar hat ein eigenes Klagrecht unabhängig vom Willen des Zedenten, daher nimmt er die litiscontestatio im eigenen Namen vor. Faßt man diese Ausdrücke in dem angegebenen Sinne auf, dann hat man nicht nötig, den Gegensatz von alieno und suo nomine durch die Formelkonzeption erklären zu müssen.

Wie Windscheid bereits dargetan hat, liegt im Begriff der actio utilis nichts, was a priori zur Annahme einer Fiktion ver-

---

[1]) Ähnliche Ansicht bei Koschaker, Translatio iudicii S. 141 und in ZRG. Bd. 33 S. 93.

[2]) Wlassak, Römische Prozeßgesetze Bd. 1 S. 80 und die Litiskontestation im Formularprozeß S. 40; vgl. Gai IV, 103: nam qua de ea re actum semel erat, de ea postea ipso iure agi non poterat. Da die litiscontestatio den früheren Anspruch konsumiert, muß hier agere, da daran diese Wirkungen geknüpft werden, soviel bedeuten wie litem contestari. Der eigentliche Prozeß beginnt infolge des übereinstimmenden Willens der Parteien. Alles Vorhergehende ist nur Vorbereitung. Der von den Parteien geschlossene Vertrag, daß an Stelle des streitigen Anspruchs die Prozeßobligation treten soll, ist die Litiskontestation; daß die Quellen den Abschluß derselben meinen, wenn sie von agere reden, geht nicht allein daraus hervor, daß sie daran die der Litiskontestation eigentümlichen Wirkungen knüpfen (Gai III, 180), sondern auch aus der Wendung agere cum aliquo.

anlaßt. Faßt man nach gemeinrechtlichem Vorbild das agere alieno nomine so auf, als ob der procurator in rem suam mit einem fremden Klagformular klage, dann liegt allerdings die Annahme nahe, daß im Gegensatz dazu agere suo nomine soviel heißt, als mit eigenem Klagformular auftreten; Konsequenz dieser Doktrin war demnach, eine eigene formula im Gegensatz zu der des procurator in rem suam zu konstruieren. Wenn man vom utiliter klagenden Zessionar sagt, er habe ein eigenes Klagrecht, so bedeutet dies, daß seine actio unabhängig vom Willen des Zedenten ist. Auf Grund des Zessionsgeschäfts entsteht für ihn das Recht, gegen den debitor cessus zu klagen. Keineswegs darf man aber hierfür die Bedeutung annehmen, als ob die zwischen Zedenten und debitor cessus bestehende obligatio nun ebenfalls als eigene des Zessionars gelten soll, d. h. als ob sie nunmehr in seiner Person begründet wäre. Die meisten vorgeschlagenen Fiktionen haben jedoch diese Wirkung. Im Widerspruch mit dem römischen Grundsatz von der Unübertragbarkeit der Obligation wird der Zessionar als Subjekt derselben fingiert. Der Zessionar klagt nun ein, was der Schuldner ursprünglich dem Zedenten zu leisten hatte. Infolge der vorgenommenen Zession kann der Zessionar die geschuldete Leistung fordern; der Prätor nimmt bei der Formelkonstruktion darauf Rücksicht und faßt die Formel so ab, daß die Leistung nunmehr dem Zessionar zugute kommt. Diese Wirkung konnte am einfachsten mit einer Formel mit Subjektsumstellung erreicht werden. Wie Windscheid[1]) bereits nachgewiesen hat, gab es schon zur Zeit Gaius' eine actio utilis, die weder fiktizisch, noch in factum konzipiert war; es ist die in Gai IV, 35 genannte actio Rutiliana. Allerdings bleibt fraglich, ob die Rutiliana noch bei den Klassikern als actio utilis empfunden wurde. Nachdem Gaius vom bonorum emptor sagt, daß er ficto se herede agit, fährt er dann fort: sed interdum et alio modo agere solet, nam ex persona eius, cuius bona emerit, sumpta intentione convertit, condemnationem in suam personam, id est, ut quod illius esset vel illi dari oporteret, eo nomine adversarius

[1]) Actio S. 128.

huic condemnetur, quae species actionis appellatur Rutiliana, quia a praetore Publio Rutilio, qui et bonorum venditionem introduxisse dicitur, conparata est.[1]) Das prätorische Recht hat noch zahlreiche Klagen dieser Art entwickelt, so die actio des Mündels aus Geschäften des tutor,[2]) die actio exercitoria und institoria.

> D. 26, 9, 2. Ulpian. si tutor vel curator pecunia eius cuius negotia administrat mutua data ipse stipulatus fuerit (vel praedia in nomen suum emerit) utilis actio ei cuius pecunia fuit, datur ad (rem vindicandam vel) mutuam pecuniam exigendam.

Die dem Vormund des Mündels promittierte Rückzahlung des Darlehns kann das Mündel nach Auflösung der Vormundschaft mit einer actio utilis verlangen. Die Worte vel praedia in nomen suum emerit und rem vindicandam vel sind interpoliert.[3]) Man kann somit keine rei vindicatio utilis für die mit Mündelgeld angeschafften Sachen aus dieser Stelle folgern.[4])

Auch in denjenigen Fällen, in denen der Prätor dem einen Kontrahenten eine actio utilis gegen den Gewalthaber oder dominus gewährte, griff er zu dem Mittel der Subjektsumstellung, z. B. bei Rechtsgeschäften, die der Gewaltunterworfene mit

---

[1]) Nach Gaius' Bericht war die formula der actio Rutiliana demnach identisch mit der formula des cognitor oder procurator. Wenn v. Salpius, Novation und Delegation S. 400 behauptet, sie sei eine Klage alieno nomine, so liegt das an der irrtümlichen Auffassung des agere alieno und suo nomine. Wie er a. a. O. selbst zugibt, war die actio Rutiliana keine actio mandata, sondern eine actio utilis. Allerdings nimmt er mit Mühlenbruch, Zession S. 183 an, daß die Klage vom Prätor auf Grund eines fingierten Mandats bewilligt sei; dann erhält man aber als Konsequenz das unbefriedigende Ergebnis, daß die actio utilis nichts weiter sei als eine actio mandata ohne Mandat. Sein Irrtum beruht ebenso wie der Mühlenbruchs u. a. in der falschen Auffassung von agere alieno und suo nomine. Die Konzipierung der formula ist völlig sekundär; sie ist nicht das Kriterium dafür, ob jemand alieno oder suo nomine klagt.

[2]) Ferner die actio des furiosus, municipium, miles.

[3]) Eisele, im ZRG. Bd. 13 S. 127; Mancaleoni, Studi Sassaresi 1900 Sep.-Abdr. S. 6.

[4]) Weitere Überleitungen von Forderungen auf den Vertretenen D. 12, 126, 13, 5, 5, 9; vgl. Koschaker, Transl. Iud. S. 169.

Willen des Gewalthabers (actio quod iussu), in Ausübung des Seehandels oder irgendeines Gewerbes vorgenommen hatte, wurde der pater dominus zum Schuldner, indem der Prätor dem Kontrahenten eine Klage gegen ihn verlieh.[1])

Die formula dieser adjektizischen Klagen war derart gefaßt, daß die intentio die Person des tutor, institor oder magister navis nannte; die condemnatio dagegen ging auf die Person des Geschäftsherrn. Eine solche Formel mit Subjektsumstellung wurde zuerst von Keller[2]) vorgeschlagen. Lenel konstruiert die actio institoria darnach: „Quod Aulus Agerius de Lucio Titio cum is a Numerio Negidio tabernae praepositus esset, X pondo olei emit, cui rei Lucius Titius a Numerio Negidio praepositus erat, quidquid ob eam rem Lucium Titium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio c. s. n. p. a.[3]) In dieser Weise ist auch die actio utilis vom Prätor konstruiert worden. Bei Streit über die Aktivlegitimation des Zessionars wurde vielleicht vom Prätor eine exceptio in die Formel aufgenommen und die Sache dadurch in iudicio untersucht. Der Vorgang mag dann so gewesen sein, daß ihm der Prätor die Vertragsklage des Zedenten gegen den Schuldner gab, und zwar mit einer Abänderung, wodurch der iudex ermächtigt wurde, den debitor cessus zur Leistung an den Zessionar zu verurteilen, wenn es erhellt, daß er dem Zedenten schuldet. Die Formel ist daher die gleiche, die Gaius in IV, 86 als Beispiel für die Formel des procurator anführt:

> Iudex esto. Si paret Numerium Negidium Lucio Titio sestertium decem milia, quibus de agitur, dare oportere, iudex Numerium Negidium Aulo Agerio decem milia sestertium condemna, s. n. p. a.

Völlig ohne Einfluß auf die Formel der actio utilis konnte das zwischen Zedent und Zessionar vorhandene Kausalgeschäft,

---

[1]) Solazzi, Rivista italiana vol. 50.

[2]) Litiskontestation u. Urteil S. 432.

[3]) vgl. Lenel, Edictum perp. S. 252ff.; ferner Krüger in ZRG. Bd. 4 S. 108ff.; Perozzi, Istituzioni p. 157; dagegen Mandry, Familiengüterrecht Bd. 2 S. 259ff. und Brinz, Pand. Bd. 2 S. 203ff., welche eine actio in factum annehmen.

welches den Forderungsübergang zur Folge hat, bleiben (z. B. der Kauf der Forderung). Bei einem Streit darüber konnte dieses vor dem iudex dadurch seine Berücksichtigung finden, daß der Prätor der Formel eine diesbezügliche exceptio inserierte. Die dem Zessionar abgetretene Forderung konnte natürlich sehr verschiedener Art sein. Der Prätor gab dem Zessionar dann diejenige Klage, die der Zedent gehabt haben würde, setzte aber in die condemnatio den Namen des Zessionars.

Drittes Kapitel.

Wesen der actio utilis und Anwendung derselben auf die Forderungsübertragung nach justinianischem Recht.

§ 7.

Verhältnis von actio utilis zur actio directa.

Die actio utilis ist im Verhältnis zur actio mandata als ein historischer Fortschritt zu betrachten. Sie führt in der Tat eine Durchbrechung des Grundsatzes von der rechtsgeschäftlichen Unübertragbarkeit der Obligation herbei, ohne diesen jedoch aufzuheben. Die obligatio bleibt nach wie vor unübertragbar, sie geht nicht über; aber der Zessionar erhält eine eigene Klage, die actio utilis, als wenn er Subjekt der obligatio wäre.[1]) Diese Ausübung der eigenen Klage ist das Merkmal, wodurch sich die actio utilis von der actio mandata unterscheidet. Wer als cognitor oder als procurator in rem suam klagt, muß die actio seines dominus alieno nomine erheben. Die Formel des cognitor lautet nach Gaius' Bericht: Si paret Numerium Negidium Publio Maevio X milia dare oportere, iudex Numerium Negidium Lucio Titio sestertium X milia condemna, s. n. p. a.[2]) Der utiliter klagende Zessionar hat schlechthin ein eigenes Klagrecht. Er übt kein Recht im fremden Namen aus noch ein fremdes Recht im eigenen Namen, wie letzteres Mühlenbruch[3]) annimmt. „Mag der Zessionar directe oder utiliter klagen, in beiden Fällen ist es das Klagrecht eines anderen, was er für sich geltend macht."

---

[1]) Eine solche Lösung entspricht dem konservativen Charakter der Römer; ein Ähnliches bei der Stellvertretung.

[2]) vgl. Wlassak, Zur Geschichte der Cognitur S. 33.

[3]) Zession, S. 183—185.

Die Mühlenbruchsche Auffassung gibt dem Zessionar zwar das Klagrecht des Zedenten zu eigen, aber als fremdes. Diese Deutung leidet unzweifelhaft an einem Widerspruch, auf den Windscheid hinweist[1]): „Ein eigenes Klagrecht kann nicht zugleich ein fremdes sein; es hat nur denselben Inhalt wie dieses. Der Irrtum Mühlenbruchs und noch anderer Schriftsteller wie Puchta,[2]) Arndts,[3]) Vangerow[4]) liegt darin, daß sie das eigene, selbständige Klagrecht des Zessionars nicht mit dem Grundsatz von der Unübertragbarkeit der Obligation in Einklang zu bringen vermögen, und daß ihnen die actio utilis nicht mehr ist als eine actio mandata ohne Mandat und ohne die Beschränkung derselben durch Widerruf und Tod.[5]) Erst der Hinweis Windscheids[6]) auf die Selbständigkeit der actio vermochte den Zwiespalt zwischen der Unübertragbarkeit der Obligation und der eigenen actio utilis des Zessionars zu lösen. Fassen wir die actio als rechtlich anerkannten Anspruch auf,[7]) der für den Zessionar durch das mit dem Zedenten vorgenommene Rechtsgeschäft entsteht, dann bedürfen wir zu deren Existenz keineswegs den Übergang der Obligation. Nicht die Obligation bildet den Grund für seine actio utilis, sondern das mit dem Zedenten abgeschlossene Kausalgeschäft. Die obligatio dient vielmehr nur dazu, um den Inhalt der actio utilis zu bestimmen.

Halten wir demnach an diesem Satz fest, daß die actio utilis eine eigene selbständige Klage des Zessionars ist, also völlig unabhängig von der actio directa des Zedenten, so kommen wir andererseits zu dem Ergebnis, daß dessen actio ebensowenig

---

[1]) Actio S. 133.

[2]) Kl. zivil. Abh. S. 463.

[3]) Pand. § 254.

[4]) Pand. Bd. 3 § 574 S. 104.

[5]) Windscheid, Actio S. 128.

[6]) Actio S. 134.

[7]) Windscheid-Kipp, Pand. Bd. 1 S. 190: „Man darf nicht sagen, die römische actio sei unser Anspruch; in dem Begriff actio wird ein Element mitgedacht, welches in unserem Begriff Anspruch nicht enthalten ist, das Element des Gerichts, des gerichtlichen Gehörs und des gerichtlichen Schutzes, die Möglichkeit der Erlangung richterlicher Zuerkennung für das Begehren, das man hat".

beeinflußt wird von der actio utilis als umgekehrt diese durch jene. Die actio utilis hat nicht die Wirkung, daß die actio des Zedenten zum Erlöschen kommt; es entsteht vielmehr ein Korrealverhältnis zwischen den beiden actiones, wie es Paulus in D. 14, 1, 5, 1 für die adjektizische Klage besagt: non transfertur sed adicitur actio. Diese Korrealität der actiones bleibt so lange bestehen, bis sie der Zessionar beendet und sich damit zum alleinigen Gläubiger macht. Es geschieht dies durch die später zu erörternde denuntiatio an den debitor cessus und durch dieser in der Wirkung gleichgestellte Rechtsgeschäfte (vgl. § 8). Ein Erlöschen der actio directa ipso iure zugunsten der actio utilis würde dem Zedenten das Recht nehmen, gegen den Schuldner nach vollzogener Zession zu klagen; statt dessen bezeugen die Quellen, daß sich dieser gegen die Klage des Zedenten durch eine exceptio (doli) schützen muß, um dessen Inanspruchnahme zu entgehen[1]: genug Beweis für das formelle Weiterbestehen der actio directa des Zedenten.[2] Die gegenteilige Ansicht, daß das Klagrecht des Zedenten bereits durch die Übertragung ausgeschlossen wird, vertreten vor allem Bähr, v. Salpius,[3] Dernburg,[4] Brinz,[5] Eisele.[6]

Nach Ansicht Bährs geht die Forderung durch den Zessionsvertrag auf den Zessionar über, der Zedent hört auf, weiterhin Gläubiger zu sein[7]: „Der an den Zedenten zahlende Schuldner wird befreit, nicht, weil der Zedent noch Gläubiger wäre, sondern obgleich dieser es nicht mehr ist, weil die hinter dem Rücken des Schuldners geschehene Zession letzterem nicht zum Nach-

---

[1]) D. 2, 14, 16.

[2]) Dieser Rechtszustand ist unter Umständen auch gar nicht so unvernünftig; man denke nur an die Möglichkeit, daß der Preis für die gekaufte Forderung vom Zessionar nicht gezahlt ist, oder daß dieser nach Abschluß des Zessionsvertrages in Konkurs fällt.

[3]) Novation und Delegation S. 419 ff.

[4]) Pand. Bd. 2 § 305.

[5]) Pand. Bd. 2 S. 394.

[6]) Die actio utilis des Zessionars S. 47.

[7]) Zession, in JheringsJ. Bd. 1 S. 414ff.

teil gereichen darf". Die gleiche Ansicht teilen Dernburg[1]) und Brinz, der die Bährschen Worte zitiert.[2])

Im Widerspruch mit dieser Ansicht steht ohne Zweifel die Entscheidung Gordians in C. 8, 41 (42) 3:

> Si delegatio non est interposita debitoris tui ac propterea actiones apud te remanserunt, quamvis creditori tuo adversus eum solutionis causa mandaveris actiones, tamen antequam lis contestetur (vel aliquid ex debito accipiat vel debitori denuntiaverit) exigere a debitore tuo debitam quantitatem non vetaris et eo modo tui creditoris exactionem contra eum inhibere (a. 239).

In diesem Wortlaut spricht die zitierte Stelle unzweifelhaft von der Zession durch actio utilis, und die kaiserliche Entscheidung: exigere a debitore tuo debitam quantitatem non vetaris ist ein Beweis für das Klagrecht des Zedenten. Die maßgebenden Worte: vel aliquid ex debito accipiat vel debitori tuo denuntiaverit, welche nur für Zession durch actio utilis gelten können, hält Bähr für interpoliert und betrachtet daher die Entscheidung Gordians lediglich vom Standpunkt der actio mandata aus.[3]) Die Annahme einer solchen Interpolation ist vollkommen gerechtfertigt; denn zu dieser Zeit, in der C. cit. erging (a. 239), konnte die actio utilis noch keine solche allgemeine Anwendung gefunden haben, wie dies hier gesagt wird. Ferner läßt auch die unrichtige Anwendung der consecutio temporum: accipiat und denuntiaverit und der Subjektswechsel: lis — accipiat auf die Tätigkeit der Kompilatoren schließen.[4]) Indem aber dieser Zusatz von den Kompilatoren gemacht wurde, kann kein Zweifel darüber bestehen, daß sie die Entscheidung der Kodexstelle nun für das geltende Recht der actio utilis anwendbar machen wollten.[5]) Damit ist das Klagrecht des Zedenten unzweifelhaft ausgesprochen, und daher kann die Stelle nicht zum Beweise des Gegenteils herangezogen werden.

---

[1]) Pand. Bd. 2 § 305 Anm. 1.
[2]) Pand. Bd. 2 S. 394.
[3]) Zession, in JheringsJ. Bd. 1 S. 378.
[4]) Ferrini, Pandette p. 597; Bonfante, Istituzioni p. 389 n. 2.
[5]) Windscheid-Kipp, Pand. Bd. 2 § 331 Anm. 4.

Allerdings bestände dann noch die Möglichkeit, daß es sich hier nicht um einen Rechtssatz von allgemeiner Geltung handelt, sondern um eine spezielle Bestimmung, die für den Ausnahmefall Anwendung findet, wenn der Zessionar sich weigert, gegen den debitor cessus zu klagen, und der Zedent dessen Regreßklage befürchten muß. Daß es sich hier um einen solchen Ausnahmefall handelt, ist behauptet worden von Stampe,[1]) und ebenfalls ist diese Ansicht vertreten in der Dissertation von Scheibe.[2]) Stampes Ansicht geht dahin, daß der „Zedent gegen den cessus dann klagen kann, wenn der Zessionar selbst nicht klagen will, und zwar aus Gründen, welche ihn berechtigen, gegen den Zedenten wegen mangelhaften Rechtserfolges Regreß zu nehmen. In diesem Falle ist dem Zedenten zur Wahrung seines eigenen Interesses, auch wenn die Zession formell noch nicht rückgängig gemacht ist, die Klage so lange gestattet, bis Zessionar die Klage doch noch selbst anstrengt, oder denunziert oder Zahlung annimmt und sich so nachträglich noch mit der Zession einverstanden erklärt".[3])

Der von Nolte gebrachten — keineswegs überzeugenden — Widerlegung hätte es gar nicht bedurft, um die Unhaltbarkeit der Ansicht Stampes darzutun. Hätte der Zedent im allgemeinen kein Klagrecht, dann würde er es auf Grund der Worte: exigere non vetaris ebenfalls nicht erhalten; denn dazu bedurfte es schon eines besonderen Rechtssatzes, und den hat es nicht gegeben. Wenn das Klagrecht des Zedenten mit der Zession ausgeschlossen wird, dann bot sich für den Prätor keine Möglichkeit, dem Zedenten eine actio zu gewähren, ohne zu den außerordentlichen Mitteln zu greifen wie restitutio in integrum oder actio in factum. Die Worte: exigere non vetaris berücksichtigen keineswegs diese Erfordernisse, deren Hinweis für ein solches Verfahren unerläßlich gewesen wäre. Vielmehr geht aus dem Fehlen jeder Erklärung hervor, daß hier nichts Außer-

---

[1]) vgl. die Wiedergabe seiner Interpretation in der Diss. von Nolte, Das Klagrecht des Zedenten, Greifswald 1894.

[2]) Das Klagrecht des Zedenten, Greifswald 1895.

[3]) Nolte a. a. O. S. 17.

gewöhnliches, sondern etwas allgemein Gültiges, nämlich das fortbestehende Klagrecht des Zedenten, zur Anwendung gelangt.

Keinen Schluß auf das Klagrecht des Zedenten darf man aus C. 4, 35, 3 ziehen:

> Caracalla: si pater tuus tibi sui iuris constituto actionem adversus debitores suos mandavit, potuit ipse praesens adversus eos re integra experiri si quid itaque ab eo apud iudicem actum est, rescindi nulla ratio patitur (a. 216).

Denn hier handelt es sich noch um die Anwendung der actio mandata, für die das Klagrecht des dominus außer jedem Zweifel steht, solange der cognitor oder procurator in rem suam nicht die litiscontestatio mit dem Schuldner vollzogen hatte. Die obigen Worte ‚re integra' sind daher mit Bähr[1]) im Sinne von ‚lite nondum contestata' zu verstehen.

Ebenso darf andererseits nicht aus D. 2, 15, 17 auf die gegnerische Meinung geschlossen werden.

> Papinian: venditor hereditatis emptori mandatis actionibus cum debitore hereditario, qui ignorabat, venditam esse hereditatem, transegit: si emptor hereditatis hoc debitum ab eo exigere velit, exceptio transacti negotii debitori (propter ignorantiam suam) accommodanda est, idem responsum est et in eo qui fideicommissam hereditatem, si heres cum ignorante debitore transegit.

Papinian trifft hier seine Entscheidung für den besonderen Fall des Erbschaftskaufes und des Erbschaftsvermächtnisses, der nicht auf die Fälle der Übertragung von einzelnen Forderungen herangezogen werden darf. Da es sich meist um einen größeren Kreis von Erbschaftsschuldnern handelt, wäre es für den Erwerber oft nicht möglich gewesen, an alle die denuntiatio zu richten. Aus diesem Grunde sah man daher von dieser ab, und es genügte zum Ausschluß des Verkäufers, daß die Schuldner von dem Erbschaftsverkauf wußten.[2]) Die Entscheidung Papinians verträgt sich durchaus mit der hier dargelegten Ansicht. Infolge

---

[1]) Zession, in JheringsJ. Bd. 1 S. 375.

[2]) Dernburg, System des röm. R. Bd. 2 S. 651.

des fortbestehenden Rechtes des Zedenten ist die Obligation wirksam durch die vorgenommene transactio gelöscht worden.[1]) Die Begründung der exceptio durch propter ignorantiam suam dürfte wohl erst später interpoliert sein; da es im Vordersatze heißt: qui ignorabat venditam esse hereditatem, ist eine Wiederholung eigentlich überflüssig.

Dagegen kommt als Argument gegen Bähr und seine Anhänger in Betracht:

> D. 18, 4, 23, 1 Hermogenian: nominis venditor quidquid vel compensatione vel exactione fuerit consecutus integrum emptori restituere compelletur.

Trotz des Forderungsverkaufs hat der Verkäufer-Zedent seine Forderung gegen den debitor cessus aufgerechnet oder eingetrieben. Ein Beweis also, daß er durch die Zession allein nicht aufhörte, Gläubiger zu sein. Zwar will Bähr und ebenso Eisele[2]) diese Möglichkeit, Forderungsrechte auch noch nach der Zession geltend zu machen, lediglich als eine faktische Möglichkeit ansehen. Solange der debitor cessus vom Vollzug der Zession nichts wisse, gelte der Zedent für ihn als Gläubiger. Daher sei dieser — zwar nicht rechtlich — jedoch tatsächlich in der Lage, Gläubigerrechte geltend zu machen. Eine solche Auslegung der Stellen, die für ein Klagrecht des Zedenten sprechen, ist durchaus künstlich.[3]) Im übrigen ist diese faktische Möglichkeit etwas so Selbstverständliches, daß sie keiner Erwähnung bedarf. Der Entscheidung Hermogenians D. 18, 4, 23, 1 und der C. 8, 41 (42) 3 wird man nur dann gerecht, wenn man im Gegensatz zu Bähr den rechtlichen Fortbestand der actio directa anerkennt. Der Grund für das Fortbestehen der actio directa ist in der Theorie der Byzantiner zu suchen, die nicht nur den römischen, sondern auch den hellenistischen Begriff der Rechtsübertragung kennen: schol. 1 ad Bas. 11, 1, 16 (ad D. 2, 14, 16 pr.). Das mandatum agendi ist ihnen eine ἐκχώρησις, cessio. Trotz der Forderungsübertragung verbleibt

---

[1]) Wirbel, Le Cognitor p. 97 n. 1.

[2]) Die actio utilis des Zessionars S. 48.

[3]) Windscheid-Kipp, Pand. Bd. 2 § 331 Anm. 4.

dem bisherigen Gläubiger die actio directa: Bas. 24, 3, 5, und er gilt Dritten gegenüber als Berechtigter.[1])

Der Grund für das Fortbestehen der actio directa ist kein zufälliger, sondern ein notwendiger. Deswegen ist es auch völlig verfehlt, vom Gesichtspunkt der Zweckmäßigkeit aus den Untergang des zedentischen Klagrechts begründen zu wollen.[2]) Der Grund liegt vielmehr in dem Wesen der actio utilis. Diese ist eine eigene, selbständige Klage des Zessionars, d. h. sie ist weder eine fremde actio, die der Zessionar für sich erhebt, noch ist sie eine ursprünglich fremde, die auf den Zessionar übergegangen und so zur eigenen geworden ist. Sie ist vielmehr schlechthin eine eigene actio, die ihren Entstehungsgrund in dem zwischen Zessionar und Zedent vorgenommenen, den Forderungsübergang bewirkenden Rechtsgeschäft hat. Der Grund für die actio directa dagegen ist die zwischen Schuldner und Zedenten bestehende obligatio. Daß die actio utilis und die actio directa denselben materiellen Inhalt haben, liegt daran, daß beider Inhalt durch die obligatio bestimmt wird, ohne daß uns dadurch die Selbständigkeit der einen oder der anderen gestört würde. Der Prätor gibt dem Zessionar actio suo nomine, ohne damit die actio directa zu beeinflussen. Somit stehen beide Klagen im Korrealverhältnis. Der Schuldner hat dadurch zwei Gläubiger; er kann sich aber gegen die Inanspruchnahme durch den Zedenten mittels einer exceptio schützen, wenn er bereits dem Zessionar gegenüber geleistet hat oder ihm durch denuntiatio Kenntnis von der Zession geworden ist. Eine Folge der Selbständigkeit der actio utilis ist damit zugleich, daß sie unabhängig ist vom Tode oder Widerruf des Zedenten, sowie vom eigenen Tode des Zessionars.

---

[1]) Heimbach Bd. 1 S. 585, Bd. 3 S. 21, Bd. 3 S. 785.

[2]) z. B. Herzog, Kommen dem Schuldner solche in Unkenntnis der Zession vorgenommene Rechtsgeschäfte usw. auf Kosten des Zessionars zugute? Diss. Greifswald 1894.

§ 8.

Die denuntiatio.

Solange die actio directa des Zedenten neben der actio utilis des Zessionars besteht, ist sein Gläubigerrecht gefährdet. Neben die actio utilis mußte noch eine andere Neuerung treten, die den Zessionar befähigte, sich zum alleinigen Gläubiger zu machen. Die Quellen (zwei Konstitutionen aus den Jahren 225 und 239) reden hier von der sogen. denuntiatio; sie machen den Ausschluß der actio directa abhängig von einer Benachrichtigung des debitor cessus durch den Zessionar über die vollzogene Zession.[1])

> C. 8, 16 (17) 4: Imp. Alex. A . . . evocato, nomen quoque debitoris pignerari (et generaliter et specialiter) posse pridem placuit, quare si debitor satis non facit, cui tu credidisti, ille cuius nomen tibi pignori datum est, nisi ei cui debuit solvit (nondum certior a te de obligatione tua factus) utilibus actionibus satis tibi facere usque ad id, quod tibi deberi a creditore eius probaveris, compelletur quatenus tamen ipse debet (a. 225)[2]) und C. 8, 41 (42) 3: . . . vel aliquid ex debito accipiat vel debitori tuo denuntiaverit.

Ihren eigentlichen Wert gewinnt die actio utilis erst mit dem Ausschluß des Zedenten. Daher ist die denuntiatio nicht als Aneignungsmittel anzusehen, sondern vielmehr als eine Handlung, durch die sich der Zessionar zum alleinigen Gläubiger macht. Sie als Besitzergreifung der abgetretenen actio anzusehen, wie Windscheid es tat, würde zu weit gegangen

---

[1]) Wirbel, Le Cognitor S. 211 n. 1: „il peut s'assurer des avant la litiscontestatio le bénéfice exclusiv de la créance par une signification de la cession au debiteur cédé en vertu d'une réforme attribuée à Gordien, a. 239". Wie bereits in § 4 gezeigt ist, sind die hierfür in Betracht kommenden Worte interpoliert; die denuntiatio als eine Reform Gordians ansehen zu wollen, ist daher nicht angängig.

[2]) Die Worte et generaliter et specialiter, ferner die Worte nondum certior a te de obligatione tua factus sind interpoliert. Der schwulstige Aufbau der Stelle infolge der vielen Relativsätze läßt auf eine noch weitergehende Tätigkeit der Kompilatoren schließen.

sein und die falsche Anschauung hervorrufen, als ob dadurch die actio des Zedenten auf den Zessionar überginge, da der Zessionar bereits vor der denuntiatio ein festes Recht hat, nämlich actio suo nomine zu verlangen.[1]) Für Bähr sowie alle diejenigen, welche das Klagrecht des Zedenten mit der Zession ausschließen, hat die denuntiatio den Charakter einer Sicherungsmaßregel,[2]) welche nicht erforderlich ist für das Zustandekommen des Forderungserwerbes, sondern dem debitor cessus die Möglichkeit nimmt, sich hinsichtlich der mit dem Zedenten in Unkenntnis der Zession vorgenommenen Rechtsakte dem Zessionar gegenüber auf seine Unkenntnis zu berufen. Diese Auffassung der denuntiatio ist eine unmittelbare Konsequenz der Bährschen Ansicht, daß die actio directa mit der Zession erlösche. Die oben geführte Widerlegung dieser Theorie macht zugleich auch die Auffassung der denuntiatio als Sicherungsmaßregel hinfällig. Der Fehler Bährs liegt darin, daß er die Zession in der Gestalt, welche sie im gemeinen Recht angenommen hatte, bereits im justinianischen Recht finden will.

Im folgenden seien noch einige Quellenstellen besprochen, auf die die Gegner ihre Theorie stützen. Es kommen dabei in Betracht:

> D. 13, 7, 18. Paulus: si convenerit, ut nomen debitoris mei pignori tibi sit, tuenda est haec conventio (ut et te in exigenda pecunia et debitorem adversus me, si cum eo experiar, tueatur).

Es handelt sich hier um einen prätorischen Rechtssatz, der besagt, daß die Verpfändung einer Forderung gültig sein soll: tuenda est haec conventio. Die übrigen Worte von ut bis tueatur sind interpoliert, wie es sich infolge des doppelten Gebrauchs von tueri und der Gegenüberstellung durch et — et vermuten läßt. Allerdings ist hier von einer denuntiatio keine Rede. Sie wird auch gar nicht vorausgesetzt, da sich der Schuldner auf die Verpfändung beruft.[3])

---

[1]) Windscheid-Kipp, Pand. Bd. 2 § 331 Anm. 8.

[2]) So Dernburg, System des röm. R. Bd. 2 S. 649.

[3]) Windscheid-Kipp, Pand. Bd. 2 § 331 Anm. 8, ebenso Attenhofer in Zeitschr. des Bernischen Juristentages Bd. 17 S. 548 nehmen an,

Für das justinianische Recht maßgebend ist dagegen C. 8, 16 (17), 4. Es handelt sich hier darum, daß die zwischen einem Schuldner und einem Gläubiger bestehende Forderung von letzterem verpfändet worden ist. Solange keine denuntiatio erfolgt ist, bleibt dem Schuldner das Recht, an seinen Gläubiger zu zahlen. Daß diesem Zahlungsrecht des Schuldners ein Annahmerecht des Gläubigers gegenübersteht, ist selbstverständlich.[1]) Es ist nicht gesagt, daß der debitor cessus in seiner Unkenntnis von der Forderungsverpfändung geschützt werden soll und daher befreit wird, obwohl dem Zedenten die Forderung nicht mehr zusteht. Vielmehr wird deutlich hervorgehoben, daß der Pfandgläubiger utiliter klagen kann, außer wenn er unterlassen hat, das zwischen dem debitor und dem Schuldner bestehende Forderungsrecht auszuschließen: nisi ei cui debuit solvit, nondum certior a te de obligatione tua factus.

Keinen Schluß auf den Untergang des Klagrechts des Zedenten darf man aus D. 3, 3, 55 (Ulpian) ziehen. Wie bereits dargelegt, bezieht sich lex cit. auf den cognitor und ferner auf den Spezialfall, daß dominus und cognitor gleichzeitig auftreten. Auch wie der Schlußsatz zu bewerten ist, ist bereits oben dargelegt. Aus den Worten dominus cognitori non est praeferendus könnte man sogar einen Hinweis auf das fortbestehende Klagrecht des dominus folgern, da anderenfalls, wenn dem dominus kein Recht zur Seite stände, man nicht von praeferre reden könnte. Dies ist auch getan worden von Hoffmann[2]): „Immerhin aber bleibt doch bei dem dominus eine, wenn auch schwächere Berechtigung zurück, deren Ausschluß also der Denuntiation vorbehalten bleibt". Mir möchte es jedoch scheinen, als ob man zuviel in diese Worte hineinlegt, um sie in dem angegebenen

daß hier die Anzeige an den debitor cessus vorausgesetzt wird. Es ist jedoch zu beachten, daß lex cit. nicht von der Zession, sondern von der Forderungsverpfändung spricht, und die Worte Paulus' wollen lediglich besagen, daß die conventio über die Verpfändung einer Forderung vom Prätor geschützt werden soll. Die denuntiatio kommt für diese Zeit nicht in Betracht.

[1]) Hoffmann, Zeitpunkt des Gläubigerwechsels, Gött. Diss. 1896, S. 13.

[2]) Zeitpunkt des Gläubigerwechsels S. 11.

Sinne zu verwenden. Nur das ist sicher, daß die lex cit. nicht als Stützpunkt für die gegnerische Meinung in Betracht kommen kann.

Nicht viel weniger unangebracht ist es, einen Beweis für den Untergang der actio directa aus D. 2, 14, 16 pr. entnehmen zu wollen. Die denuntiatio wird hier zwar nicht erwähnt und braucht überhaupt nicht erwähnt zu werden, weil bei Forderungen, die zu einer Erbschaft gehören und mit dieser übertragen werden, eine denuntiatio nicht erforderlich ist.[1]) Im Sinne des justinianischen Rechts ist die Stelle so zu interpretieren, daß die exceptio doli dem Schuldner gegeben wird, um sich gegen die fortbestehende actio directa des Erbschaftsverkäufers zu schützen, woraus auf deren Weiterbestehen ein zweifelloser Schluß zu ziehen ist.[2])

Es ist somit zur Genüge dargelegt, daß die denuntiatio nicht bloß als ein Sicherungsmittel in Betracht kommt, sondern vielmehr als ein wesentliches Erfordernis, um das Klagrecht des Zedenten auszuschließen. Der denuntiatio wird in der Wirkung gleichgestellt die Annahme einer Teilzahlung:

> C. 8, 41 (42), 3 . . . vel aliquid ex debito accipiat vel debitori tuo denuntiaverit.

Wenn der Schuldner durch Beginn der Erfüllung den Zessionar als seinen nunmehrigen Gläubiger anerkannt hat, kann es ihm nicht mehr gestattet sein, hinterher unter Berufung auf die mangelnde denuntiatio an den Zedenten zu zahlen.[3])

Dem Wesen der denuntiatio als einer Handlung, durch die der bisherige Gläubiger ausgeschlossen wird, entspricht die Tatsache, daß nur der neue und nicht auch der alte Gläubiger denunzieren kann. Die denuntiatio ist eben mehr als eine bloße Benachrichtigung von der Zession; denn wäre sie nur das, so könnte man nicht einsehen, warum nur der neue und nicht auch der alte Gläubiger die denuntiatio vornehmen kann. Der Grund-

---

[1]) vgl. Windscheid-Kipp, Pand. Bd. 2 § 331 und Bd. 3 § 621 Anm. 3.

[2]) Anderenfalls wäre eine exceptio nicht nur unnötig, sondern geradezu unmöglich, da der Verkäufer ipso iure abzuweisen wäre.

[3]) Mühlenbruch, Zession S. 76ff.

gedanke, der zu einer solchen Regelung Anlaß gegeben hat, ist, daß mit Abschluß der Zession der Zessionar der wahre Gläubiger ist; dieser kommt und hindert nun den alten Gläubiger, sein Recht geltend zu machen. Er protestiert dagegen, daß der Schuldner noch an den alten Gläubiger zahle.[1]) Der Veräußerer ist, wie Rabel[2]) nachgewiesen hat, für die primitive Rechtsanschauung derjenige, von dem zuerst eine Störung des vertragsmäßigen Verhaltens zu befürchten ist. Das gleiche ist der Fall bei der Zession. Der Zessionar bedarf des Schutzes gegen den Zedenten, daß ihm dieser nicht zuvorkomme. Eine solche Regelung ist durchaus nichts Sonderbares, sie steht vielmehr ganz im Einklang mit der Form, die die Zession im römischen Recht genommen hat. Hätte die Zession konsumtive Kraft auf die actio directa des Zedenten gehabt, dann würde eine Anzeige durch den Zedenten ausreichend gewesen sein.[3]) Da aber die actio directa durch die actio utilis in keiner Weise beeinflußt wird, ist es naturgemäß, wenn der Zessionar die Geltendmachung der actio directa durch den Zedenten verhindert. Deutlich ausgesprochen finden wir diesen Gedanken der Hinderung, der Verwahrung gegen Vereitelung oder Erschwerung der Geltendmachung des Rechts im griechischen Recht. Er begegnet uns hier bei der Verpfändung. Der Pfandgläubiger konnte gegen die Veräußerung der verpfändeten Sache durch den Verpfänder Einspruch erheben. Durch öffentliches Aufbieten, Aushang, Verkündigung wurden diejenigen, welche an Grundstücken Pfandrechte hatten, aufgefordert, Einspruch zu erheben.[4]) Ebenso beruhen wohl auf

---

[1]) Dieselbe Regelung der Zession im code civil art. 1690: „le cessionaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au debiteur".

[2]) Haftung des Verkäufers Bd. 1 S. 48.

[3]) vgl. § 409 BGB. Die Kenntnis der Abtretung kann nicht allgemein, sondern nur unter Umständen durch die einfache Anzeige des Zessionars in ausreichender Weise vermittelt werden, namentlich wenn der Inhalt der Anzeige nicht unglaubwürdig ist und die Vertrauenswürdigkeit sowie die wirtschaftliche Lage des Zessionars eine beabsichtigte Täuschung ausgeschlossen erscheinen lassen (RG. in Warneyers Rspr. S. 470).

[4]) vgl. Rabel, Die Verfügungsbeschränkungen des Verpfänders S. 7 ff. Hitzig, Griechisches Pfandrecht S. 75.

dem Gedanken der Fortdauer des alten Forderungsrechts und der damit verbundenen Möglichkeit, daß der Zedent gegen den Willen des Zessionars auf die Forderung einwirke, die Strafklauseln in den Papyri, die jeden Angriff (ἔφοδος) des Zedenten gegen den Zessionar als ungültig erklären und außerdem mit Strafe bedrohen; vgl. P. Oxy II, 271 (a. 56). Wie Wenger[1]) nachgewiesen hat, soll diese Strafklausel den Zessionar gegen den Zedenten schützen, und zwar am meisten gegen ein vertragswidriges Einfordern der geschuldeten Leistung durch den Zedenten. Ähnliche Gedanken haben bei der denuntiatio vorgelegen.[2])

Erwähnung verdient auch die Frage, welche Rechtslage eintritt, wenn der Zedent nach der ersten Zession die Forderung zum zweiten Male zediert. Geht dann der erste Erwerber vor oder der, welcher zuerst denunziert hat?

Wer wie Bähr Anhänger der Meinung ist, daß das Klagrecht des Zedenten mit der Zession erlösche, kann gemäß der Regel: nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet die Frage nur zugunsten des ersteren beantworten.[3]) Damit ist aber keineswegs erforderlich, zugunsten des zweiten Erwerbers, der zuerst denunziert, entscheiden zu müssen, wenn man die hier vertretene Ansicht — Fortdauer des Klagrechts des Zedenten — anerkennt. Zwar tun dies Puchta,[4]) Sintenis,[5]) Attenhofer,[6]) Windscheid[7]); letzterer hat später seine Ansicht in dem hier darzulegenden Sinne geändert.

---

[1]) Wenger, Die Zession im Recht der gräco-ägyptischen Papyri, in Studi giurdici in onore di Carlo Fadda Bd. 4 S. 91.

[2]) Ein Argument gegen die Ansicht, daß die denuntiatio vom Zessionar vorgenommen werden müsse, will Wenger (a. a. O. S. 94) aus P. Oxy II, 272 folgern. Hier nimmt allerdings der Zedent bezw. dessen Vertreter die denuntiatio an die Debitoren vor. Selbst wenn der Zedent ein Römer war, so ist es m. E. nicht angängig, hier einen Schluß auf die römische denuntiatio ziehen zu wollen, deren Regelung fast fünf Jahrhunderte später (als dieser Papyrus) erfolgte (a. 66). Es fragt sich auch, wie sich die Gerichte zu einer solchen denuntiatio gestellt haben.

[3]) So Dernburg, System des röm. PrivR. Bd. 2 S. 651.

[4]) Vorlesungen zu § 283.

[5]) Zivilrecht Bd. 2 S. 113.

[6]) a. a. O. Bd. 18 S. 171.

[7]) Actio S. 190ff.

Durch die Zession erwirbt der Zessionar die actio utilis und das Recht, den Zedenten auszuschließen. Auch ohne von dem letzteren Gebrauch zu machen, ist er wirklicher Gläubiger, nur ist er es nicht allein. Er muß daher diejenigen Rechtsgeschäfte gegen sich gelten lassen, die der Zedent mit dem debitor cessus trotz der Zession vornimmt. Im übrigen aber ist seine actio utilis unwiderruflich und unentziehbar. Auch hier gilt der Satz: nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet. Das Recht des Zessionars, actio suo nomine zu verlangen und die denuntiatio anzustellen, ist bereits durch die erste Zession zustande gekommen; der Zedent kann daher das Klagrecht des Zessionars nur dadurch hinfällig machen, daß er seine actio directa anstrengt; auf andere Weise jedoch nicht.[1]) Hat der zweite Zessionar die Forderung vom Schuldner bereits eingezogen, so kann der erste Zesssionar das von ihm Erlangte kondizieren, da es ohne Rechtsgrund in sein Vermögen gekommen ist.[2])

---

[1]) Windscheid-Kipp, Pand. Bd. 2 § 331 Anm. 10.

[2]) Für das BGB. ist die Frage dahin zu entscheiden, daß die zweite Zession nichtig ist. Hat jedoch der Schuldner in Unkenntnis von der ersten Zession an den zweiten Zessionar gezahlt oder ein Rechtsgeschäft mit ihm abgeschlossen, so kann er sich darauf dem ersten Zessionar gegenüber wirksam berufen (§ 408 BGB.).

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.

Lebenslauf.

Ich, Walter Kurt Drechsler, wurde am 6. Mai 1888 in Posen als Sohn des Oberpostkassenrendanten Gustav Drechsler und seiner Ehefrau Emma geb. Weber geboren. Ich besuchte von Ostern 1896 bis Michaelis 1899 die Mochmannsche Privatschule in Dresden. Von Michaelis 1899 besuchte ich ein Jahr lang das Friedrichsgymnasium zu Frankfurt (Oder), dann die Dreikönigsschule (Realgymnasium) in Dresden. Diese Anstalt verließ ich Ostern 1909 mit dem Zeugnis der Reife. Nach einjähriger praktischer Ausbildung im Postdienst studierte ich von Ostern 1910 bis Michaelis 1913 an der Universität in Göttingen und hörte bei folgenden Dozenten: Baumann, Beyerle, Detmold, Ehrenberg, Frensdorff, Hatscheck, v. Hippel, Höpfner, Lehmann, Partsch, Rabel, Rosenberg, Schoen, Titze. Nach Abschluß meiner Studien legte ich das Postreferendarexamen in Berlin und die erste juristische Staatsprüfung vor dem Oberlandesgericht Celle ab. Das Rigorosum bestand ich am 22. Dezember 1913.